

Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

Dargelegt am Beispiel badischer Gemeinden

Inaugural - Dissertation

**zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaften der**

Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau

vorgelegt von

Assessor

Claus Holtschmidt

aus Rheydt

1966

Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand

Dargelegt am Beispiel badischer Gemeinden

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaften der
Hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert - Ludwigs - Universität zu Freiburg im Breisgau**

vorgelegt von

Assessor

Claus Holtschmidt

aus Rheydt

1966



Dekan:	Prof. Dr. Horst E h m k e
Referent:	Prof. Dr. D. Hans G e r b e r
Korreferent:	Prof. Dr. Fritz von H i p p e l

Tag der mündlichen Prüfung: 25. Juli 1966

Meinem verehrten Lehrer

Herrn Prof. Dr. D. Hans Gerber.

Inhaltsverzeichnis

	Seite
I. Einleitung	1
II. Grundsätzliche Vorerörterungen	
1. Begriffliche Bedeutung der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und ihrer Grenzen	6
2. Der Rechtsgrund der Beschränkung der privatrechtlichen Betätigung der öffentlichen Hand	8
a) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung	8
b) Die Fiskalgeltung der Grundrechte	18
c) Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes	25
III. Die gemeinderechtliche Regelung	
1. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden grundsätzlich	36
2. Wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen Formen	53
IV. Beispiele privatrechtlicher wirtschaftlicher Gemeindebetätigung und ihre Beurteilung	
1. Eigenbetriebe, Eigengesellschaften, Beteiligungen und gemischtwirtschaftliche Unternehmen in ausgesuchten Gemeinden Baden-Württembergs	62
2. Einzeluntersuchung der praktischen Gestaltung unter rechtlichen Gesichtspunkten	66

a) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen	66
b) Gemeindeeigene Unternehmen	76
c) Von mehreren Gemeinden gemeinsam betriebene Unternehmen	90
3. Grundsätzliche Beurteilung	94
V. Zur Frage der Allgemeingültigkeit der Wirtschaftsgrundsätze des Gemeinderechts	98
VI. Schlußbemerkung	113
VII. Literaturverzeichnis	115

A b k ü r z u n g e n

a.a.O.	am angegebenen Ort
A G	Aktiengesellschaft
Aufl.	Auflage
AÖR	Archiv des öffentlichen Rechts
Ba.-Wü.	Baden-Württemberg
Bay.	Bayern
Bayr.Verw.Bl.	Bayrische Verwaltungsblätter
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGHZ	Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band und Seite)
Bd.	Band
BVerf.GE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichtes (zitiert nach Band und Seite)
BVerw.GE	Entscheidungssammlung des Bundesverwaltungsgerichtes (zitiert nach Band und Seite)
DGO	Deutsche Gemeindeordnung von 1935 RGI. I S. 49
DVBI.	Deutsches Verwaltungsblatt (zitiert nach Jahrgang und Seite)
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
DVO	Durchführungsverordnung
EBG	Gesetz über die Eigenbetriebe der Gemeinden -Eigenbetriebsgesetz- vom 19. Juli 1962 (Ges.Bl. für Ba.-Wü. S. 67)
EBVO(Reich)	Eigenbetriebsverordnung vom 21. November 1938 (RGI. I S. 1650)
GABl.	Gemeinsames Amtsblatt für Baden-Württemberg
Ges.Bl.	Gesetzblatt für Baden-Württemberg
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1948 (BGI. S. 1)
Ges.	Gesetz
G.m.b.H.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GO	Gemeindeordnung für Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955 Ges.Bl. S. 129

Handb. d. komm. Wiss. u. Prax.	Handbuch der kommunalen Wissen- schaft und Praxis
i. d. Fass.	in der Fassung
JuS	Juristische Schulung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
JZ	Juristenzeitung (zitiert nach Jahrgang und Seite)
Komm.	Kommentar
komm.	kommunal
Ndrs.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (zitiert nach Jahrgang und Seite)
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31. De- zember 1922 (RGBl. II S. 17) in der Fassung vom 14. April 1930 (RGBl. II S. 693)
RMBL.	Reichsministerialblatt
RMBliV	Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministers des Innern
RWB	Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden vom 11. Februar 1929 (RMBL. S. 49)
Rhld.-Pffz.	Rheinland-Pfalz
S.	Seite
Saarl.	Saarland
S.-H.	Schleswig-Holstein
v.	vom/von
vgl.	vergleiche
VGH	Verwaltungsgerichtshof
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv (zitiert nach Band und Seite)
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (zitiert nach Heft und Seite)
WGG	Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen -Wohnungsgemeinnützig- keitsgesetz- vom 29. Februar 1940 (RGBl. I. S. 438)

I. E i n l e i t u n g.

Nach der Wiederaufrichtung der staatlichen Ordnung in der Bundesrepublik Deutschland und dem erfolgreichen Wiederaufbau der deutschen Wirtschaft in einer freien und wettbewerbswirtschaftlich bestimmten Form ist auf der politischen wie auch auf der wissenschaftlichen Ebene nicht nur von den unmittelbar Interessierten die Diskussion über das Für und Wider der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand wieder aufgelebt.¹⁾ Obwohl die politische Diskussion von den Interessierten zum Teil auch mit verfassungsrechtlichen Argumenten geführt wird, bleibt sie doch meist im wirtschaftspolitischen und weltanschaulichen Bereich stecken. Man versucht allerdings auch dabei, wirtschaftspolitische Zielsetzungen mit verfassungsrechtlichen Argumenten, vor allem aus dem Grundrechtsteil und der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes zu stützen. Dabei werden jedoch nur die Grundgesetzartikel, die den jeweils vertretenen Standpunkt zu begründen

1) Hans-Josef B r e i d b a c h: Privatisierung. Schriftenreihe des Deutschen Industrieinstitutes, Heft 8, Köln 1960.

Werner G r u s s e n d o r f: Grundlagen und Formen der Privatisierung. Schriftenreihe des Deutschen Industrieinstitutes, Heft 9, Köln 1960.

Gerhard F r e n t z e l: Die gewerbliche Betätigung der öffentl. Hand. (Ein Problem des Wirtschaftsverfassungsrechtes). Schriftenreihe des Deutschen Industrie- und Handelstages, Heft 26, Bonn 1958.

D e r s e l b e: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Recht und Staat, Heft 235, Tübingen 1961

Kurt H i r s c h e: Die Kommodie der Privatisierung. (Der Kampf um die öffentliche Wirtschaft). 2. Aufl., Köln 1959

scheinen, herangezogen.²⁾ Es unterbleibt aber eine grundsätzliche, kritische Würdigung des gesamten Fragenkreises. Eine fruchtbare Auseinandersetzung über das Für und Wider der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist indessen erst möglich, wenn die rechtlichen Grundlagen geklärt sind. Erst dann kann von ihrer Zulässigkeit gesprochen, erst dann können ihre Grenzen aufgezeigt werden.

Die heute vorhandene Vielfältige und umfängliche wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist geschichtlich gewachsen. Ihre Ursachen sind viele. Besondere Bedeutung haben die mit der Entwicklung der großen Städte in der zweiten Hälfte des vorigen Jahrhunderts sich stellenden Versorgungsprobleme, staatliche Eingriffe zur Verhütung von Monopolbildungen in wichtigen Wirtschaftszweigen³⁾, Erschließung von Energiequellen und ihre Sicherung für die Allgemeinheit⁴⁾, Ausbeutung von Bodenschätzen, deren Abbau der Privatwirtschaft unrentabel erschien, um die wirtschaftliche Unabhängigkeit des Staates zu wahren⁵⁾ und nicht

2) Vergleiche: Breidbach: a.a.O. S. 46ff. und Grussendorf: a.a.O., S. 10ff.

3) zum Beispiel der Erwerb der Kohlenbergwerke des Hibernia-Konzerns durch den preußischen Staat.

4) vergleiche: Beilage zum Protokoll der 91. öffentl. Sitzung der 2. Kammer des Badischen Landtages vom 1. Juli 1912: Begründung zum Gesetzentwurf über den Bau und Betrieb eines Wurgwerkes (Elektrizitätswerk) durch den Staat. Die Pflicht der öffentlichen Körperschaften, sich einen der zunehmenden Bedeutung der Elektrizität entsprechenden Einfluß auf die Energieerzeugung zu sichern und diese nicht der privaten Monopolisierung zu überlassen, möglichst billig zu liefern und für den Fall der Elektrifizierung der Eisenbahnen deren Energiebedarf zu sichern, werden darin besonders betont.

zuletzt die Kriegswirtschaft⁵⁾. Für die Beurteilung nach dem heute geltenden Recht, also dem Grundgesetz und dem ihm konformen Gesetzen ist es unerheblich, daß diese Entwicklung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand unter zum Teil völlig anderen Rechts- und Staatsordnungen vor sich gegangen ist.⁶⁾

Jede staatliche Tätigkeit, auch die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, gleichgültig, ob sie auf eine lange Tradition zurückblicken kann, wie so manche staatliche Wirtschaftstätigkeit⁷⁾, oder sich erst entwickelt hat, muß heute der Ordnung des Grundgesetzes entsprechen und immer wieder an ihr gemessen werden. Zur rechtlichen Beurteilung des heute faktisch Gegebenen muß daher auf das Grundgesetz und sonstige einschlägige Gesetze zurückgegriffen werden. In ihnen sind die Ermächtigungen aber zugleich auch die Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand zu suchen.

Der Aufgabe, dies im Einzelnen klarzustellen, widmet sich die vorliegende Arbeit. Sie beschränkt sich dabei bewußt auf das Beispiel der privatrechtlichen wirt-

5) Gründung der Reichswerke "Hermann Göring" im 3. Reich, der heutigen bundeseigenen A.G. für Bergwerks- und Hüttenbetriebe Salzgitter.

6) Das Grundgesetz hat in den Artikeln 134 und 135, auf die noch zurückzukommen sein wird, dieser Tatsache Rechnung getragen.

7) Es sei hier nur auf die staatlichen Manufakturen aus der Zeit des Merkantilismus hingewiesen, von denen besonders die staatlichen Porzellanmanufakturen noch heute weiterbestehen. Des weiteren hat die heutige Kommunalwirtschaft ihre Vorbilder in der mittelalterlichen Stadtwirtschaft.

schaftlichen Betätigung der Gemeinden. Dies geschieht deshalb, weil diese Betätigung der Gemeinden in den Gemeindeordnungen eingehender geregelt ist, als es in sonstigen Gesetzen für andere Zweige der öffentlichen Verwaltung geschehen ist.⁸⁾ Gleichzeitig bietet sich der Gemeindebereich auch deshalb für eine Untersuchung an, weil gerade die privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden umfangreich und vielfältig ist, obwohl der Gesetzgeber in besonderen Gesetzen öffentlich-rechtliche Formen für die wirtschaftliche Gemeindebetätigung geschaffen hat.⁹⁾ Das legt es nahe, in diesem Bereich den Gründen für die Wahl privatrechtlicher Formen durch die öffentliche Hand, zumal bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung nachzugehen.

Darüberhinaus unternimmt die Arbeit den Versuch, Ausblicke dafür zu geben, ob und inwieweit die für die Gemeinden geltenden Grundsätze auf die privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung auch anderer öffentlicher Verwaltungsträger, insbesondere auf Bund und Länder angewendet werden können.

Das der Arbeit zugrunde liegende und in ihr verwertete praktische Material sind konkrete Feststellungen,

8) Es finden sich Regelungen nur in den Errichtungsgesetzen und -verträgen von Körperschaften und Anstalten des öffentl. Rechts, also im Bereich der mittelbaren Staatsverwaltung, und im Haushaltsrecht, auf dessen Bestimmungen noch einzugehen sein wird.

9) Zum Beispiel die Eigenbetriebsordnungen und Zweckverbandsgesetze der einzelnen Länder, deren Regelungen später noch untersucht werden sollen.

die der Verfasser zur Verwendung als Beispiele bei Gemeinden gewonnen hat, die ihm repräsentative Bedeutung zu haben scheinen. Wenn er sich dabei auf den Rechtsbereich von Baden-Württemberg beschränkt, so erscheint ihm das bei der weitgehenden Übereinstimmung der verschiedenen deutschen Landesrechte vertretbar. Gleichwohl sollen Unterschiede zu den Gemeindeordnungen anderer Bundesländer, die bestehen, kurz aufgezeigt werden, um ein Urteil über die "Allgemeingültigkeit" der untersuchten Problematik zu gewinnen.

Die Trennung der Darstellung der gemeinderechtlichen Regelung der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung im Gemeindebereich von der Behandlung der Beispiele und deren rechtlichen Würdigung soll dazu dienen, die Problematik der rechtlichen Gestaltung des einzelnen Falles besonders herauszustellen. Die Entfaltung der Problematik an dem ausgewählten praktischen Rechtsmaterial bot die Möglichkeit, die einzelnen Teilfragen unter voller Berücksichtigung der Auffassungen und Gründe, die für die Rechtsgestaltung im Einzelfalle maßgebend waren, aufzunehmen.

II. Grundsätzliche Vorer- örterungen.

1. Begriffliche Bedeutung der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand und ihrer Grenzen.

Unter privatrechtlicher wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand¹⁾ ist die Tätigkeit von Bund, Ländern, Gemeinden und Körperschaften sowie Anstalten des öffentlichen Rechts²⁾ zu verstehen, bei der diese Institutionen die ihnen sonst wesenseigene Form des Wirkens nach öffentlichem Recht verlassen und in privatrechtlichen Formen tätig werden. Sie verzichten dabei auf die ihnen kraft Hoheitsgewalt im öffentlichen Recht zustehende Überordnung und begeben sich auf die Ebene der gleichgeordneten und gleichberechtigten Privatrechtssubjekte. Überwiegend sind diese privatrechtlichen Tätigkeiten wirtschaftlicher Art, wie sich besonders am Beispiel der Gemeinden, aber auch anderer Verwaltungsträger nachweisen läßt.³⁾ Es lassen sich jedoch auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltungsträger in privatrechtlicher Form

1) Der Begriff der "öffentlichen Hand" wird schon in der DurchführungsVO vom 30.3.1933 (RGBl.I.S.180) zu der VO des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen vom 6.10.1931 (RGBl.I.S.562) benutzt. Heute wird er besonders von Seiten der Privatwirtschaft für die Verwaltung in ihrer wirtschaftliche und finanzielle Leistungen erbringenden Form gebraucht. Vgl. dazu Ernst F o r s t h o f f: Verwaltungsrecht I, 8. Auflage, S. 452

2) mit Ausnahme der Kirchen und religiösen Vereinigungen.

3) So sind zum Beispiel von 32 privatrechtlichen Gesellschaften oder Beteiligungen einer Großstadt 23 wirtschaftlicher Art, während nur 9 nichtwirtschaftliche sind. Ähnlich ist das Verhältnis bei Bund und Ländern.

nachweisen.⁴⁾

Andererseits werden weite Bereiche der öffentlichen Wirtschaft in Formen des öffentlichen Rechts abgewickelt, man denke nur an die Deutsche Bundesbahn und an die kommunalen Versorgungsunternehmen in Form von Regie- und Eigenbetrieben.

Der Grund für die privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand, mit der sich die folgende Arbeit allein beschäftigen soll, liegt nicht darin, daß es sich um wirtschaftliche Tätigkeiten handelt. Er ist anderswo zu suchen und betrifft sowohl wirtschaftliche wie nichtwirtschaftliche Tätigkeiten. Das wird sich im Einzelnen aus der weiteren Untersuchung ergeben, wenn sie sich auch hauptsächlich auf die wirtschaftliche privatrechtliche Betätigung der öffentlichen Hand beschränken wird.

Als Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand sind im Rahmen dieser Untersuchung nicht die allgemeinen gesetzlichen Beschränkungen jeder privaten wirtschaftlichen Betätigung interessant, wie sie im Privatrecht, im Gewerberecht und im Wettbewerbsrecht, um nur einige zu nennen, bestehen. Diesen unterliegt, von den Ausnahmen

4) Beispiele: Verband zur Bekämpfung der Tbc in Nordbaden G.m.b.H., Tbc-Krankenhaus Rohrbach G.m.b.H., Studentenwohnheim G.m.b.H. Mannheim, Gesellschaft für Kernforschung m.b.H. in Karlsruhe, gegründet am 19.7.1956 vom Bund, dem Land Baden-Württemberg und der Kernreaktorfinanzierungsgesellschaft., Gesellschaft für Weltraumforschung m.b.H. in Bad Godesberg, gegründet am 23.8.1962 vom Bund als Hauptgesellschafter.

der "privilegia fisci" einmal abgesehen, auch die privatrechtlich tätig werdende öffentliche Hand. Vielmehr sind es diejenigen Beschränkungen, die sich daraus ergeben, daß nicht die einzelnen Privatpersonen oder von ihnen freiverantwortlich gebildete Zusammenschlüsse tätig werden sondern die öffentliche Hand als Privatrechtssubjekt. Dabei sieht sie sich zufolge ihrer öffentlich-rechtlichen Qualität gehindert, in unbegrenztem Maße sich des Privatrechtes zu bedienen.

2. Der Rechtsgrund der Beschränkung der privatrechtlichen Betätigung der öffentlichen Hand.

Geht man der Frage nach, worauf sich der Gedanke einer solchen immanenten Beschränkung der Wirksamkeit der öffentlichen Hand gründet, so wird man unmittelbar zum Grundgesetz hingeführt. Dieses enthält drei hier zu beachtende Grundprinzipien: a) der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, b) der Grundsatz der Fiskalgeltung der Grundrechte⁵⁾ und c) der Grundsatz einer eigenbedeutsamen Wirtschaftsverfassung.

a) Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung entspricht dem Rechtsstaatsgedanken, der im Grundgesetz in Art. 20 Abs. 3 und Art. 28 Abs. 1 Satz 1 zum Ausdruck kommt. Die Bundesrepublik ist formell und

5) Unter diesem Begriff wird der Streit, ob der Bürger sich gegenüber der privatrechtlichen handelnden Obrigkeit auf die Grundrechte berufen kann, ausgetragen.

materiell ein Rechtsstaat.⁶⁾ Die Verwirklichung des Rechts und einer gerechten Ordnung ist oberste Staatszielbestimmung des Grundgesetzes.⁷⁾ Jedoch ist streitig, in welchem Umfang der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gültig sein soll.⁸⁾ Die klassische Verwaltungsrechtslehre⁹⁾ band nur die Eingriffsverwaltung an den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit. In Freiheit und Eigentum eines Bürgers durfte danach nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Im übrigen war die Verwaltung in ihrem Tun völlig frei. Sie konnte außerhalb der Rechtsprechung und der Gesetzgebung, zu der auch die Feststellung des Staatshaushaltes gehörte, alle Maßnahmen treffen, die sie für notwendig hielt. Eine Vermutung sprach für ihre Zuständigkeit. Dies entsprach auch dem Verfassungszustand der konstitutionellen Monarchie. Die Exekutivgewalt war die originäre Staatsgewalt des Monarchen, aus der lediglich die Rechtsprechung und die Gesetzgebung ausgegliedert waren.

6) Vgl: Hans Julius Wolff: Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. 1961, S. 44

7) Die gesamte Staatstätigkeit ist an die Verfassung, Verwaltung und Rechtsprechung sind an materielle Gesetze gebunden. Bei vollem Ausbau des Rechtsstaates (Rechtssicherheitsstaat) müssen Gegenstand und Zweck, Inhalt und Ausmaß der Ermächtigung der vollziehenden Gewalt derartig bestimmt sein, daß sich sowohl ihre Eingriffe als auch ihre Leistungen voraussehen lassen. (BVerf.G.DVB1. 59/171)

8) Eine ausführliche Darstellung des Streitstandes und eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Standpunkten bringt VGH Kassel in der Entscheidung vom 29.11.1962 in DVB1. 63/443ff.

9) Otto Mayer: Deutsches Verwaltungsrecht I, 2. Aufl. 1914, § 6, S.71

Fritz Fleiner: Institutionen, 8.Aufl.1928, S.130f.

Walter Jellinek: Verwaltungsrecht, 3.Aufl. 1948, S.88 und 122f.

Im republikanisch demokratischen Rechtsstaat geht alle Staatsgewalt vom Volke aus - Art. 20 Abs.2 des Grundgesetzes - . Hier gibt es keine originäre Staatsgewalt und keine originäre Exekutivgewalt mehr. Ein sogenanntes "Hausgut der Verwaltung" existiert nicht mehr.¹⁰⁾ Die Exekutive oder "vollziehende Gewalt", wie sie im Grundgesetz ihrem Wesen gemäß richtig genannt wird¹¹⁾, ist abgeleitete Gewalt. Sie ist abgeleitet von der gesetzgebenden Gewalt, deren Gesetze sie zu vollziehen hat. Darüber hinaus hat sie die der "Verwaltung" von der Verfassung selbst übertragenen Aufgaben zu erfüllen¹²⁾. Diesem Verfassungszustand entsprechend, beschränken die neuerdings überwiegende Auffassung¹³⁾ und auch die Rechtsprechung¹⁴⁾ den

-
- 10) vergleiche hierzu die eingehenden Darstellungen der neueren Zeit von:
Dietrich J e s c h: Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961, S. 172ff., bes. 205ff.
Walter M a l l m a n n: Schranken nichthoheitlicher Verwaltung. VVdDStL (Veröffentlichungen d. Vereinigung d. Deutschen Staatsrechtslehrer), Heft 19, Leitsätze 6, 7 und 10.
Karl Z e i d l e r: ebenda, Leitsatz III
- 11) Andreas H a m a n n: Das Grundgesetz. 2. Auflage, Einführung I C 2, I D 1
- 12) Max I m b o d e n: (in: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S.18ff. und S.41f.) hat richtig betont, daß die Übertragung des beschränkten Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes aus dem deutschen in das schweizerische Verwaltungsrecht verfehlt war angesichts der republikanisch-demokratischen Verfassung der Schweizer Eidgenossenschaft.
- 13) M a u n z - D ü r i g: Anm. 128 und 134 zu Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes.
A. H a m a n n: a.a.O. Anm. 8 zu Art. 20 GG.
H.J. W o l f f: a.a.O. S. 130 ff.
W. M a l l m a n n: a.a.O. S. 190
D. J e s c h: a.a.O. S.174; M. I m b o d e n: vgl. Anm.12
Christian-Friedr. M e n g e r: Verw. Arch.52 (61), S.196f.
Wilhelm M e r k: (in: Deutsches Verwaltungsrecht I, S.786) hält dagegen noch an der klassischen Beschränkung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes für die Eingriffsverwaltung fest.

Gesetzmäßigkeitsgrundsatz überwiegend nicht mehr nur auf die sogenannte "Eingriffsverwaltung". Sie anerkennen die Notwendigkeit einer rechtlichen Sicherung der zur Lebensexistenz der Bürger zu erbringenden Leistungen der Verwaltung und bejahen sie.¹⁵⁾ Über den Umfang und die Intensität der gesetzlichen Bindung dieser "leistenden Verwaltung" gehen jedoch die Meinungen der sie befürwortenden Autoren weit auseinander. Von einer absoluten gesetzlichen Bindung aller Tätigkeiten der Verwaltung¹⁶⁾ bis zu einer weitgehenden Betätigungsfreiheit der "leistenden" und "gestaltenden" Verwaltung, die ihre Ermächtigung lediglich aus den Kompetenzregelungen und Staatszielbestimmungen des Grundgesetzes erhält,¹⁷⁾ findet man in der Literatur

14) BVerw.GE 6/282, bes. 287

BGHZ 20/119 und VGH Kassel ind DVBl 63/443ff.

anderer Ansicht: BVerf.GE 8/115, bes. 167f., das zwar die Gültigkeit des klassischen Gesetzmäßigkeitsbegriffes bezweifelt, jedoch auch heute Zuständigkeit und Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung noch nicht einer gesetzlichen Bindung unterwerfen will.

15) so vor allem: W. M a l l m a n n: a.a.O.

16) vergleiche: A. H a m a n n: Wirtschaftswerbung in Rundfunk und Fernsehen (zugleich ein Beitrag zur Problematik der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand) in NJW 57/1422ff., d e r s e l b e: Grundgesetz Art. 20 Anm.8
M a u n z - D ü r i g: Grundgesetz Art. 20 Anm. 129 fordert sowohl für die Eingriffsverwaltung als auch für die Leistungsverwaltung eine gesetzliche Grundlage ihres Tätigwerdens, ohne diese Grundlage jedoch näher zu präzisieren.

17) vergleiche: Wilhelm R e u s e: in Staatsbürger und Staatsgewalt. Karlsruhe 1963 Bd. II S.275 und Otto B a c h o f: in: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. (VVDStRL Heft 12 S. 37ff. und 80 ff. Leitsatz 4) hält die Sozialstaatserklärung bei Fehlen von spezialgesetzlichen Regelungen für die einzig positiv-rechtliche Ermächtigung für das Tätigwerden der Leistungsverwaltung. ebenso Leitsatz 20.

alle Auffassungen vertreten. Dagegen zeichnet sich in der Rechtsprechung bereits eine einheitliche Tendenz ab, die dahin geht, daß generelle gesetzliche Ermächtigungen, die Bereitstellung von Haushaltsmitteln, die Einrichtung entsprechender Stellen, ja sogar einfache Parlamentsbeschlüsse zur Legitimierung der leistenden Verwaltung ausreichend seien.¹⁸⁾ Die Frage, ob auch die privatrechtlich tätigwerdende leistende und gestaltende Verwaltung dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit unterliegt, ist noch heftiger umstritten. Insbesondere gehen die Meinungen über die Bindung der wirtschaftlichen Betätigung der Verwaltung in privatrechtlichen Formen auseinander. Während einerseits eine absolute spezialgesetzliche Ermächtigung der Verwaltung für die Betätigung gefordert wird, begnügen sich andere Autoren und Gerichte, vor allem mit Rücksicht auf die Funktionsfähigkeit der Verwaltung²⁰⁾, mit Globalermächtigungen und Mittelbereitstellungen im Haushalt²¹⁾ oder nehmen generelle Gestaltungsaufträge des Grundgesetzes, wie die Sozialstaatsklausel²²⁾,

18) BVerw.GE 6/282, bes. 237

19) so wiederum: A. Hamann: Wirtschaftswerbung, NJW 57/1422ff. und OLG München: in NJW 58/1298
Chr.-Fr. Menges: Die Bestimmung der öffentlichen Verwaltung nach den Mitteln und Formen des Verwaltungshandelns. in DVBl. 60/297 ff.

20) vergleiche unten S.

21) vgl. Reuss: Staatsbürger, S.274. a.A.: für den Bereich der Subventionierung Privater statt vieler: Maunz-Dürig: Grundgesetz, Art. 20 Anm. 137

22) vgl. Bachhof: Begriff und Wesen; Diese Gestaltungsaufträge des Grundgesetzes sind zwar weitgehend unbestritten, werden aber von den meisten als nicht ausreichend angesehen. z.B. Anm.23)

21) vgl. vor allem: VGH Kassel in DVBl. 63/443 ff.

als ausreichende Ermächtigung an.²³⁾ Es wird auch die Meinung vertreten, daß die Verwaltung hinsichtlich der Wahl ihrer rechtlichen Mittel völlig frei sei, ja daß sogar die Kunst des Verwaltungsbeamten darin bestehe, die im Hinblick auf den verfolgten Verwaltungszweck jeweils geeignetsten Rechtsformen zu wählen²⁴⁾, soweit es nicht durch Gesetz verboten sei.²⁵⁾ Schließlich wird noch unterschieden zwischen einer privatrechtlichen Tätigkeit der Verwaltung, mit der diese öffentliche Aufgaben erfüllt, und einer lediglich erwerbswirtschaftlichen Betätigung. Letztere wird dabei von jeglicher Bindung freigestellt.²⁶⁾ Ferner wird als "Flucht in's Privatrecht" der Mißbrauch der Privatrechtsform zu Betätigungen, die der Verwaltung in öffentlich-rechtlicher Form durchzuführen nicht gestattet sind,²⁷⁾ von Lehre und Recht-

23) Theodor M a u n z: Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl. 1963, S.63: Die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gestattet nicht, daß eom Akt der vollziehenden Gewalt auf ungeschriebenes Recht oder allgemeine sozialethische Prinzipien gestützt wird.

24) Walter K l e b e: Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentl. Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentl. und des privaten Rechts. Marburger Diss. 1960

Hans P e t e r s: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. I S.15.

25) K l e b e: a.a.O. S. 45, der dabei auf die aus der öffentl.-rechtl. Stellung des Verwaltungsträgers sich ergehenden Modifizierungen des Privatrechts hinweist.

26) so: H.J. W o l f f: Deutsches Verwaltungsrecht I S.86. Die "fiskal. Verwaltung" sei nicht "vollziehende Gewalt" und habe "weil nicht Träger hoheitlicher Aufgaben" Privatautonomie. Nur so weit sie als Träger öffentl. Verwaltung in privatrechtl. Formen öffentl. Verwaltungszwecke verfolge - der Verfasser prägt dafür den Begriff "Verwaltungsprivatrecht" - unterliege sie bes. öffentl.-rechtl. Bindungen. Anderer Ansicht:

Andreas H a m a n n: Wirtschaftswerbung, NJW 57/1422ff.

27) etwa weil de, tätig werdenden Rechtsträger die Zuständigkeit dazu fehlt.

sprechung einmütig abgelehnt.²⁸⁾ Bei der Vielfalt der Meinungen, die zur Frage der Geltung des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes für die privatrechtliche Betätigung der Verwaltung vertreten werden, herrscht dennoch Einigkeit insoweit, daß für alle diese Tätigkeiten das Recht oberste Richtschnur bleiben und die Verwirklichung einer im materiellen Sinne gerechten Ordnung oberste Zielbestimmung sein müssen. ²⁹⁾

Dieser Meinungsstreit über Sinn und Tragweite des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für deren privatrechtliche Tätigkeit wird der oben³⁰⁾ geschilderten verfassungsrechtlichen Lage, wie sie das Grundgesetz geschaffen hat, nicht gerecht. Artikel 20 Abs. 3 des Grundgesetzes erfaßt die gesamte Staats-tätigkeit in ihren drei Ausdrucksformen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt. "Vollziehende Gewalt" beinhaltet alle Staatstätigkeit, die nicht Gesetzgebung und Rechtsprechung ist. Sie ist gemäß Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes an Gesetz und Recht gebunden. Diese Bindung muß sich auf alle Äußerungsformen der vollziehenden Gewalt erstrecken, auch wenn sie nicht hoheitliche Gewaltausübung ist wie sie die

28) statt vieler: H.J. Wolff: a.a.O. S.90: Durch Formenmißbrauch kann sich die Verwaltung nicht den Bindungen entziehen, denen sie bei Gebrauch der ordnungsmäßigen Form unterworfen wäre.

Walter Heusser: Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem. Zürich Diss. 1949. BVerf.GE: 12/205 (Fernsehurteil).

29) vgl: Theodor Maunz: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VVDStRL Heft 14 Leitsatz II,7 und H.J. Wolff: a.a.O. S.44 stellvertretend für alle.

30) vgl. oben S. 10.

leistende und gestaltende Verwaltung, die mit den Mitteln des Verhandelns, der Vereinbarung und des privatrechtlichen oder öffentlich-rechtlichen Vertrages arbeitet.³¹⁾ Wenn dies nicht so wäre, hätte ein großer Teil der Staatstätigkeit keine rechtliche Grundlage im Grundgesetz. Dies wäre mit der formellen und materiellen Rechtsstaatlichkeit, die im Grundgesetz festgelegt ist³²⁾, unvereinbar. Im freiheitlichen Rechtsstaat bedarf jede Staatstätigkeit, auch die privatrechtliche, selbst wenn sie erwerbswirtschaftlichen Charakter hat, einer Ermächtigung durch die Verfassung oder eines verfassungsmäßigen Gesetzes. Es spricht hier, anders als in der Monarchie oder im totalitären Staat, keine Vermutung für die Berechtigung der Verwaltung tätig zu werden, sondern die Verwaltung hat im Gegenteil ihre Ermächtigung zum Handeln unmittelbar aus der Verfassung und den Gesetzen zu entnehmen und notfalls zu beweisen. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gilt somit für die gesamte Tätigkeit der vollziehenden Gewalt, unabhängig von der Rechtsform, in der sie sich bewegt. Das bedeutet nun aber nicht, daß die vollziehende Gewalt zu jeder

31) mir scheint, daß der Begriff vollziehende "Gewalt" manche Autoren davor zurückschrecken läßt, die privatrechtliche Tätigkeit des Staates als Teil dieser Staatstätigkeit zu betrachten, weil diese Tätigkeit sich gerade durch den Verzicht auf hoheitliche Gewaltausübung auszeichnet und ihre Zwecke durch frei vereinbarte Verträge und ähnliches erreicht.

32) vgl. statt vieler: H.J. Wolff: a.a.O. S.44
Theodor Maunz: Verwaltung und Verwaltungsrechtssprechung, VVDStRL, Heft 14 Leitsatz I 5.

Handlung, sei sie nun privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Natur, eine spezialgesetzliche Ermächtigung benötigt, wie es zum Beispiel Andreas H a m a n n verlangt.³³⁾ Solch strenge Anforderungen würden die gesamte Verwaltung lähmen. Die Verwaltung hat es nicht wie die Rechtsprechung mit der Subsummierung abgeschlossener Vorgänge (Tatbestände) unter einzelne Gesetzesbestimmungen zu tun. Vielmehr soll sie gestalten, planen, helfend eingreifen, wo Not entsteht, für zukünftige, oft schwer voraussehbare Entwicklungen Vorsorge treffen, plötzlich auftretende Situationen lenken und ordnen u.ä.³⁴⁾ Es liegt auf der Hand, daß solche Tätigkeiten nicht im peinlich genauen Vollziehen gesetzlicher Befehle stecken bleiben können. Außerdem würde der Gesetzgeber überfordert, wollte man von ihm eine so weitgehende Gesetzgebung verlangen. In diesem Bereich der vollziehenden Gewalt wird dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung³⁵⁾ bereits genüge getan, wenn generelle gesetzliche Ermächtigungen gegeben werden, Haushaltsmittel für bestimmte Zwecke bereitgestellt und entsprechende Behörden eingerichtet

33) siehe oben S.12 Anm. 19)

34) vgl.: Wilhelm M e r k: Deutsches Verwaltungsrecht I S.18 ff.: Verwaltung ist dynamische zweckgerichtete Tätigkeit, die nicht in der Vollziehung von Gesetzen sich erschöpft, sondern initiativ zur Sicherung und Förderung des Gemeinwohls tätig wird. Dabei sind die Gesetze Schranken und Hemmnisse, im Rechtsstaat aber vor allem Grundlage jeder Verwaltungstätigkeit.

35) Th. M a u n z: Verwaltung und Verw.rechtsprechung. VVDStRL Heft 14 Leitsatz II,7: Für die gestaltende Verwaltung ist das Recht Ermächtigung, Verpflichtung, Begrenzung und Zielbestimmung im Sinne einer materialen Rechtsauffassung.

und Kompetenzen verteilt werden. Für bestimmte Arten der leistenden und gestaltenden Verwaltungstätigkeit, die auch meist in privatrechtlichen Formen geschehen, sind spezialgesetzliche Ermächtigungen allerdings erforderlich. Es sei hier vor allem auf den umfangreichen Bereich der Subventionen verwiesen.³⁶⁾ Beim Fehlen jedweder Ermächtigung kann auch das Grundgesetz selbst mit seinen Staatszielbestimmungen, Zuständigkeitsverteilungen und einzelnen sonstigen Vorschriften wie etwa den Artikeln 134 und 135 solche ersetzen. Dagegen reichen ungeschriebene Rechtsgrundsätze als Ermächtigung nicht aus.³⁷⁾ Dies gilt ganz besonders für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der vollziehenden Gewalt, die keine Sonderstellung genießt, auch wenn mit ihr keine Verwaltungsaufgaben verbunden sind.

Zusammenfassend kann man sagen, daß die gesamte Tätigkeit der vollziehenden Gewalt, unabhängig von ihrer Rechtsform, an Gesetz und Recht gebunden ist. Sie bedarf zu ihrer Legitimation positiver Rechtssätze. Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung ist demnach nicht mehr auf die hoheitlich tätigwerdende Eingriffsverwaltung beschränkt, sondern gilt für alle Tätigkeiten und Tätigkeitsformen der vollziehenden Gewalt.

36) vgl. Klaus Stern: Rechtsfragen der öffentl. Subventionierung Privater. JZ 1960 S.518, bes. S.525.
Hans-Peter Ipsen: Die öffentl. Subventionierung Privater. DVBl. 56 S.461, 498 und 602 ff. Ipsen hält Globalermächtigungen für ausreichend, nicht dagegen die bloße Bereitstellung von Haushaltsmitteln.

37) vgl. Th. Maunz: Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl. S. 63

b) Die Fiskalgeltung der Grundrechte:

Die Grundrechte als Grenzen privatrechtlicher Betätigung der vollziehenden Gewalt - dieser Gedanke ist noch verhältnismäßig neu.³⁸⁾ Trotzdem hat er in der Lehre schon viele Anhänger gewonnen.³⁹⁾ und wird auch in der Rechtsprechung zunehmend anerkannt.⁴⁰⁾

Die wichtigsten Grundrechte, z.B. Artikel 2, 3, 4, 6 Abs.2, 14 werden heute als dem Einzelnen von Natur aus wesensmäßig zustehende Menschenrechte anerkannt⁴¹⁾, die der Disposition der staatlichen Gemeinschaft entzogen sind, weil sie vorstaatliche unveräußerliche Rechte des Einzelnen sind. Sie sind gleichsam die letzte Bastion des freien, selbstverantwortlichen Individuums gegenüber dem Machtanspruch des mit hoheitlicher Gewalt handelnden Staates. Als solche erfüllten

38) Er ist seit der Geltung des Grundgesetzes aufgetaucht. Der Gedanke einer Bindung der privatrechtl. handelnden Verwaltung findet sich schon bei O. Richter: Der Reichsfiskus. Abhandlungen aus dem Staats-, Verwaltungs- u. Völkerrecht. Bd. IV, Heft 3. Dort heißt es (S.12): ist dagegen die Betätigung des Fiskus der Betätigung Privater nicht völlig gleichartig, so greift er auf seine staatliche Sonderstellung zurück u. muß im Zweifel die ihm zukommende Behandlung nach Staatsrecht erfahren.

39) z.B. Hamann, Zeidler, Maunz, Ipsen, Bachof, H.J. Wolff, Krüger, Wertensbuch, Siebert, Leissner, Reuss.

40) BGH: JZ 59/405 f. Das Gleichheitsprinzip bindet die öffentliche Verwaltung auch dort, wo sie sich bei der unmittelbaren Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben privater Mittel bedient. des weiteren: BGH: DVBl. 63/298ff. Danach sollen die Grundrechtsnormen die öffentl. Verwaltung auch dort binden, wo sie sich zur Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe privatrechtl. Formen bedient. Diese Bindung soll nicht ohne weiteres auch für sogen. fiskal. Hilfgeschäfte gelten, die der Verwaltungsträger nicht zur unmittelbaren Erfüllung einer Verwaltungsaufgabe gegenüber dem Vertragsgegner vornimmt-

41) vgl. Maunz: a.a.O. S.73 ff.

sie im bürgerlichen Rechtsstaat des vorigen Jahrhunderts ihren Zweck als Schutz gegenüber dem mit Hoheitsgewalt eingreifenden Staat, weil dieser eben nur in dieser Form tätig wurde. Der moderne soziale Rechtsstaat bedient sich zu Erreichung seiner Ziele sowohl der hoheitlichen Eingriffsverwaltung als auch in umfangreichem Maße privatrechtlicher Gestaltungsmittel. Dies geschieht vor allem im Bereich der leistenden Verwaltung, wo dem Einzelnen lebenswichtige Güter nur von der Verwaltung dargeboten werden. Damit ist dem Staat eine neue Möglichkeit der Machtausübung zugewachsen,⁴²⁾ indem er dem Einzelnen die Teilhabe an diesen Gütern gewähren oder versagen kann.⁴³⁾ Die Frage ist nun, ob auch diese neue Form staatlicher Machtausübung ihre Grenzen in den Grundrechten findet oder ob der Einzelne dem privatrechtlich handelnden Staat ohne den Schutz der Grundrechte ausgeliefert ist. Die umfangreiche Literatur gibt auf diese Frage im wesentlichen drei verschiedene Antworten. Die Möglichkeit, sich auf die Grundrechte gegenüber der privatrechtlich tätigwerdenden Verwaltung berufen zu können, wird nur von wenigen Autoren abgelehnt. Während F o r s t h o f f ⁴⁴⁾ den

42) S t e r n: a.a.O. S.525. Die Macht der Wohltaten gewährenden Verwaltung ist heute ebenso real wie die Eingriffsverwaltung.

43) Walter L e i s n e r: Grundrechte und Privatrecht. München 1960, S.207. Er nennt das Verhältnis des Einzelnen gegenüber der leistenden Verwaltung einen "Zustand unentrinnbarer Inferiorität".

44) Ernst F o r s t h o f f: Der Staat als Auftraggeber. res publica-Reihe, Heft 12, 1963.

privatrechtlichen Schutz des Einzelnen gegenüber dem privatrechtlich handelnden Staat für ausreichend hält, stützt sich M e r k⁴⁵⁾ mit seiner Ablehnung noch immer auf den Rechtsgrundsatz "volenti non fit iniuria". D ü r i g⁴⁶⁾ will die fehlende direkte Grundrechtsbindung der privatrechtlichen Tätigkeit der Verwaltung indirekt ersetzen, indem er die Grundrechte zur Ausfüllung der zivilrechtlichen Generalklauseln heranzieht. und soebenfalls zu einer Einschränkung der Privatautonomie der in Privatrechtsform handelnden Verwaltung kommt. B u l l i n g e r⁴⁷⁾ hält hauptsächlich aus Gründen der Trennung zwischen öffentlichem und privatem Recht sowie hoheitlichen und nichthoheitlichen Aufgaben an der Beschränkung der Grundrechtsgeltung gegenüber der hoheitlich tätig werdenden Verwaltung fest. Er sieht die systematisch beste und praktisch durchführbare Lösung in Dürigs mittelbarer Grundrechtsgeltung und in der Vorschaltung von Verwaltungsakten vor jede privatrechtliche Verwaltungstätigkeit im Sinne der Zweistufentheorie I p s e n s⁴⁸⁾.

45) M e r k: a.a.O. S. 782. Dieser nimmt zwar im Hinblick auf Art.1 Abs.3 GG die Grundrechtsgeltung auch für die bürgerlich-rechtliche Betätigung des Trägers öffentl. Gewalt an, schließt sie aber wiederum überall dort aus, wo zwischen Staat und Bürger privatrechtl. Verträge abgeschlossen werden, und beruft sich dafür auf den Grundsatz "volenti non fit iniuria".

46) Günter D ü r i g: Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift für Nawiasky, S.155, bes. 27off.

47) Martin B u l l i n g e r: Grundgesetzkomm.Anm.138 zu Art.1 res publica-Reihe, Heft 9 1962, S.99f.

48) Die von H.P. I p s e n: Die öffentliche Subventionierung Privater. DVBl. 56/461, bes. 604, entwickelte Zweistufentheorie schaltet vor das privatrechtliche

Die schon als herrschende Lehre zu bezeichnende Meinung der meisten Autoren trennt die privatrechtliche Staatstätigkeit in zwei verschiedene Arten⁴⁹⁾. Sie unterscheidet die privatrechtliche Tätigkeit, die unmittelbar öffentliche Verwaltungsaufgaben erfüllt - Verwaltungsprivatrecht⁵⁰⁾, von der sogenannten "rein fiskalischen" Tätigkeit der Erwerbswirtschaft und der privatrechtlichen Hilfsgeschäfte der Verwaltung. Letztere behandelt sie wie die Tätigkeit irgendeines beliebigen Privaten⁵¹⁾, der keinen besonderen rechtlichen Bindungen unterliegt. Dagegen hält sie die öffentlichen Aufgaben erfüllende privatrechtliche Verwaltungstätigkeit für grundrechtsgebunden, weil der Einzelne, der auf ihre Leistungen angewiesen ist, sich ihr gegenüber in einem Zustand faktischer Unterwerfung befindet.⁵²⁾ Ebenso entscheiden auch die oben genannten

"Erfüllungsgeschäft" einen Verwaltungsakt als Grundgeschäft - Bewilligungsgeschäft -, der allen Bindungen des öffentlichen Rechts unterliegt, während das Privatrechtsgeschäft als Ausführungshandlung des Verwaltungsaktes nur dem Privatrecht unterliegt.

49) statt vieler: Wolfgang Siebert: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Festschrift für Niedermeyer S. 215ff. bes. 240.

50) Dieser Begriff wurde von H.J. Wolff geprägt; vgl. auch S.12 Anm. 26)

51) vgl. vor allem Werthenbruch und Schäumann: in JuS 61/105ff. bes. S.110.

52) Leisner: a.a.O. S.207 und die unter.49) und 50) genannten Autoren. Weiterhin

Hans-Joachim Mertens: Das Recht auf Gleichbehandlung im Verwaltungsprivatrecht. JuS 63/391ff.

Reuss: a.a.O. S.269 ff. leitet mit seiner Meinung schon zur dritten vertretenen Ansicht über. Er hält den Fiskus in seinen Rechten und Pflichten durch seine öffentliche Rechtsstellung dahingehend für modifiziert, daß er im Gegensatz zum Privatmann keine willkürlichen Entscheidungen treffen kann, sondern seine Vertragsfreiheit nur unter Beachtung des Gleichheitssatzes ausüben kann.

beiden Entscheidungen des Bundesgerichtshofes.⁵³⁾

Schließlich vertreten einige Autoren, vor allen anderen Z e i d l e r⁵⁴⁾, die Meinung, daß jede staatliche Tätigkeit, sogar die "rein fiskalische" Tätigkeit, an die Grundrechte gebunden sei, soweit diese ihrem Inhalt nach auf die jeweilige Tätigkeit anwendbar sind. In Betracht komme vor allem Artikel 3 GG. Die Vertragsfreiheit werde zu Lasten der öffentlichen Hand durch die Grundrechtsgeltung beschränkt. Diese letztere Auffassung möchte ich mir zu eigen machen.

Die Geltung der Grundrechte im Bereiche der Anwendung staatlicher Macht in jeder möglichen Äußerungsform, also auch dort, wo die Verwaltung mit Mitteln des Privatrechts existenziell notwendige Leistungen erbringt, erscheint mir unverzichtbar, wenn nicht in großen Teilbereichen der öffentlichen Verwaltung der Grundrechtsschutz des Einzelnen fehlen soll. Der nur hoheitlich eingreifende Staat des klassischen Liberalismus ist nicht mehr. Wenn die Väter des Grundgesetzes bei der Formulierung der Grundrechte diese dennoch so gefaßt haben, daß sie ^{nur} gegenüber dem hoheitlich handelnden

53) BGH: JZ 59/405f. und BGH: DVBl. 63/298ff. Vgl. Anm.40) BGHZ: v. 7.11.63, NJW 64/196: Gegen die privatrechtl. Konstruktion (der Vergabe eines Wiederaufbaudarlehens) bestehen keine Bedenken dahin, die Verwaltung vermöge sich auf diese Weise der Grundrechtsbindung zu entziehen. Das ist nicht der Fall. Ebenso OVG Münster: DVBl. 59/665 und VerwGE: 13/307

54) Karl Zeidler: VVDStRL, Heft 19, Leitsätze IV, V, VI; weiterhin Anmerkung zu BGH DVBl. 63/298, 301. Bachof: VVDStRL, Heft 12, S. 80ff. Leitsatz V 19. Stern: Anmerkung zu BGH JZ 62/176, 181 bes. 182

Staat Schutz zu gewähren scheinen, so ist das vielleicht darauf zurückzuführen, daß man bewußt den traditionellen Wortlaut der liberalen Zeit gewählt hat.⁵⁵⁾ Wollte man die Geltung der Grundrechte weiterhin nur auf den hoheitlich handelnden Staat beschränken, so würden sie in weiten Bereichen der modernen Verwaltung zu einer historischen Reminiszenz, weil der heutige leistende und verteilende Staat seine Macht in viel größerem Maße durch seine Leistungen an den einzelnen Bürger und an Gruppen ausübt als durch die Ausübung hoheitlicher Zwangsgewalt.⁵⁶⁾ Die Grundrechte sind der Schutz des Einzelnen gegen die, gleichgültig in welcher Rechtsform wirkende Staatsmacht. Die Möglichkeit, sie durch Weidung hoheitlicher Verhaltensformen zu umgehen, darf es nicht geben.

Die Erstreckung der Grundrechtsgeltung auch auf die sogenannte "rein fiskalische" Tätigkeit des Staates folgt zwingend aus Artikel 1 Abs. 3 GG, der die Gesetzgebung, die Rechtsprechung und ohne irgendwelche Einschränkung die vollziehende Gewalt an die Grundrechte als unmittelbar geltendes Recht bindet. Es ist bereits dargelegt worden⁵⁷⁾, daß die vollziehende Gewalt im Sinne des Grundgesetzes die gesamte Staatstätigkeit außer Rechtsprechung und Gesetzgebung umfaßt. Diese Grundrechts-

55) In den Materialien findet man dafür keinen Anhalt.

56) vgl.: Ernst Forsthoff: Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 8. Aufl. 1961, S.320 ff.; Die Verwaltung als Leistungsträger 1938; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung; Verfassungsprobleme des Sozialstaats, 1961.

57) vergleiche oben S. 14.

geltung folgt aber auch aus der grundsätzlichen Verschiedenheit staatlicher Tätigkeit von der des einzelnen Bürgers. Die Staatstätigkeit ist immer rechtsgebunden und auf das Gemeinwohl ausgerichtet. Für sie kann deshalb eine grundrechtsfreie Privatautonomie nicht bestehen. Diese Grundrechtsgebundenheit ist dabei aber von dem Sinn und Zweck der Grundrechte im Verhältnis zwischen Staat und Einzelem, nämlich vom Schutz des Einzelnen vor dem Staat, her zu interpretieren. Die Grundrechtsbindung im Bereich der rein fiskalischen Tätigkeit ist deshalb nur in soweit sinnvoll und erforderlich, als sie sich als tauglich erweist, den Einzelnen vor der staatlichen Machtausübung, vor wirtschaftlicher Überlegenheit vermöge staatlicher Macht oder vor sachlich unbegründeter Benachteiligung durch den wirtschaftenden Staat zu schützen. Die Grundrechte sind also im Rahmen ihres Schutzcharakters auch Schranken der privatrechtlichen Tätigkeit der Verwaltung.

c) Die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes:

Die Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand lassen sich angesichts der wenigen gesetzlichen Regelungen außerhalb des Gemeinderechts nur von der Eigenart der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes aus bestimmen. Das Grundgesetz hat im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung keinen besonderen in sich geschlossenen Teil, der das Wirtschaftsleben verfassungsrechtlich regelt. Die Weimarer Verfassung äußerte sich in ihrem Abschnitt: Das Wirtschaftsleben, Artikel 151 - 165, nachdrücklich auch über die Wirtschaftsverfassung, die allerdings nicht einheitlich im Sinne einer bestimmten Wirtschaftsordnung war. Vielmehr bekannte sie sich in den Artikeln 151 Abs. 2 und 3, 152 Abs. 2, 153 Abs. 1, 154 Abs. 1, 158 Abs. 1 und 164 zu einer freiheitlich liberalen Wirtschaftsordnung, und in den anderen Artikeln, insbesondere 153 Abs. 2, 155, 156, 163 und 165 strebte sie dagegen eine weitgehend sozialistische Wirtschaft an. Letzteres blieb jedoch ein weithin unrealisiertes Programm. In Artikel 156 Abs. 1 Satz 2 sah die Weimarer Reichsverfassung auch die Möglichkeit vor, daß das Reich, die Länder und die Gemeinden sich an der Verwaltung von wirtschaftlichen Unternehmen beteiligen oder in anderer Form einen bestimmenden Einfluß sichern konnten. Die Weimarer Verfassung hatte also eine zwar unkinheitliche, aber ins einzelne gehende formelle und materielle Wirtschaftsverfassung. Diese regelte insbesondere auch die hier zur

Erörterung stehende privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und ließ diese ausdrücklich zu. Dem Grundgesetz fehlt eine solche Stellungnahme zur Wirtschaftsverfassung. Die Gründe dafür brauchen hier nicht eingehend untersucht und aufgezeigt zu werden. Aber angesichts der völligen Zerstörung der deutschen Wirtschaft zur Zeit der Schaffung des Grundgesetzes, der gegensätzlichen Auffassungen der großen Parteien zu wirtschaftspolitischen Fragen im Parlamentarischen Rat und der Tatsache, daß das Grundgesetz in jener Zeit nur als Provisorium und ohne Vorgriff auf eine spätere gesamtdeutsche Verfassung geschaffen wurde, spricht viel dafür, daß der Verfassungsgeber bewußt auf eine formelle und endgültige Wirtschaftsverfassung verzichtet hat.⁵⁸⁾ Auch die schlechte Erfahrung, die mit der Wirtschaftsverfassung der Weimarer Reichsverfassung gemacht worden war, hat wohl nicht zu einer Wiederholung in dieser Form ermuntert.⁵⁹⁾

Dieses völlige Fehlen einer grundgesetzlichen Einflußnahme auf die Wirtschaftsverfassung mag mit dazu beigetragen haben, daß in der Literatur und der Rechtsprechung zunächst die Meinung vertreten wurde, das Grundgesetz enthalte überhaupt keine Stellungnahme zur Wirtschaftsverfassung.⁶⁰⁾ Es sei wirtschaftspolitisch völlig neutral

58) Aus den Materialien zum Grundgesetz geht darüber nichts hervor. Walter Strauß: Entwicklungen und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts. 1957 S.19, der selbst Mitglied des Parlament. Rates war, deutet dies an.

59) siehe oben S. 25

60) Herbert Krüger: Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung. DVBl. 1951/361ff.

und überlasse die Regelung des Wirtschaftslebens ganz dem gesetzgeberischen Ermessen.⁶¹⁾ Die freiheitliche Demokratie verbiete sogar eine dogmatische Festlegung auf ein bestimmtes Wirtschaftsmodell.⁶²⁾

Diese Auffassung ist heute überwunden. Es stehen sich im wesentlichen noch zwei Meinungen gegenüber: Die eine hauptsächlich von N i p p e r d e y und Franz B ö h m⁶³⁾ vertretene hält die "Soziale Marktwirtschaft" für die im Grundgesetz verankerte und deshalb einzig verfassungsrechtlich zulässige Wirtschaftsordnung. Beide Autoren verkennen die Dynamik des Verfassungsrechts und unterschätzen den Spielraum, den die Verfassung der Wirtschaft zu ihrer Entwicklung lassen muß. Eine Verfassung, die dem nicht Rechnung trüge und ein bestimmtes theoretisches Wirtschaftsmodell bindend vorschriebe, würde ihre eigene Dauerhaftigkeit in Frage stellen und Gefahr laufen, von den Notwendigkeiten der wirtschaftlichen Entwicklung überrollt zu werden. Dem trägt die weit überwiegende und zu

61) H.P. Ipsen: Die öffentliche Subventionierung Privater. DVBl. 1956/461ff.

BVerfGE: 4/7ff. (Investitionshilfeurteil)

M a u n z: Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl. 1963, S.134: Die wenigen Verfassungssätze ergeben keine Wirtschaftsverfassung.

62) K r ü g e r: a.a.O.

63) Hans Carl N i p p e r d e y: Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik. Karlsruhe 1954; Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz. Kartellrundscha, Heft 2 1961.

Franz B ö h m: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Tübingen 1950: Böhm ist für seine These, daß eine verfeinerte Wettbewerbswirtschaft (Soz. Marktwirtschaft) die einzig verfassungsgemäße Wirtschaftsordnung sei, den Beweis schuldig geblieben. Das Beispiel der Wohnungswirtschaft zeigt, daß eine begrenzte Wirtschaftslenkung, ja sogar Zwangswirtschaft verfassungsrechtlich zulässig ist.

Recht als herrschende Meinung bezeichnete Lehre Rechnung. Sie hält eine aus Elementen der freien Marktwirtschaft und des staatlichen Interventionismus zusammengesetzte Mischform für die aus dem Grundgesetz zu entnehmende Wirtschaftsordnung⁶⁴⁾, wobei wegen der Bedeutung der Grundrechte für die verfassungsmäßige Ordnung den freiheitlichen Elementen der Wirtschaftsordnung besondere Bedeutung zukomme.⁶⁵⁾

Ein Schweigen des Grundgesetzes über den wichtigen Bereich der Wirtschaft anzunehmen, ist aus staatsrechtlichen und rechtsstaatlichen Erwägungen nicht möglich. Ein Verzicht, auf die Wirtschaft Einfluß zu nehmen, sie in Krisenzeiten zu sichern, zu fördern und ihre stetige Entwicklung zu beobachten und zu unterstützen, ist für den modernen Staat undenkbar. Bei der Abhängigkeit des Wohls des Einzelnen und der Gemeinschaft vom Gedeihen der Wirtschaft, würde der Staat seine wichtigste Aufgabe, nämlich das Gemeinwohl zu sichern, verletzen und seine Existenz gefährden, wenn er die Wirtschaft sich völlig selbst überließe.⁶⁶⁾

64) Ernst-Rudolf H u b e r, H a m a n n, Kurt B a l l e r s t e d t, Ulrich S c h e u n e r, S t r a u ß, M e r k und andere.

65) S c h e u n e r: Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz. in "aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft". S. 71ff., bes. S. 77
E.-R. H u b e r: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. MÖV 1956/97, 135, 172, 200ff., bes. 135
B a l l e r s t e d t: Wirtschaftsverfassungsrecht. in: Die Grundrechte, Bd. III/1 S. 1-90, bes. S. 60

66) vgl.: E.-R. H u b e r: a.a.O. und: Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft. Schriftenreihe der Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie Oldenburg, Heft 1.

Die Regelung der Wirtschaftsordnung und die Einflußnahme auf die Wirtschaft kann aber auch nicht voll und ganz dem Gesetzgeber und der Exekutive zur freien Ausgestaltung überlassen bleiben; denn das wäre mit dem Rechtsstaatscharakter der Bundesrepublik unvereinbar. Das Grundgesetz, das die Zuständigkeiten der Exekutive und des Gesetzgebers sowie von Bund und Ländern so genau voneinander abgegrenzt hat, kann einen so wichtigen Bereich des öffentlichen Lebens wie die Wirtschaft nicht ohne eigene Stellungnahme wenigstens durch Richtlinien der Regelung durch Gesetzgebung und Verwaltung überlassen. Gesetzen und Exekutivakten gegenüber der Wirtschaft würde sonst die grundgesetzliche Legitimation fehlen. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß die Wirtschaft als ein wichtiger Teil individuellen wie gemeinschaftlichen Handelns in die Ordnung des Grundgesetzes mit einbezogen ist.⁶⁷⁾ Das wird auch vom Bundesverfassungsgericht im Investitionshilfeurteil anerkannt. Das Urteil lehnt zwar eine Entscheidung in Bezug auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung ab; es bindet aber gleichzeitig den Gesetzgeber und die Exekutive bei der Regelung und dem Eingreifen in das Wirtschaftsleben an die Grundrechte. Es zeigt sich, daß die Grundrechte selbst einen Bestandteil der Wirtschaftsverfassung bilden.

67) Das geht auch aus der Einbeziehung der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit in Artikel 2 Abs. 1 GG hervor, wie sie von der herrschenden Lehre und dem Bundesverfassungsgericht in BVerfG: JZ 57/167 vertreten wird. a. a. Ballers ted t: Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit. DÖV 51/159ff. und Adolf Sch ü le: Die Staatl. Intervention im Bereich der Wirtschaft. VVDStRL Heft 11, S. 143

Die wirtschaftlich bedeutsamen Grundrechte, die Staatszielbestimmungen und eine Anzahl von Artikeln des organisatorischen Teils des Grundgesetzes bestimmen die Wirtschaftsverfassung oder bilden zumindest das Gerüst, an dem eine Wirtschaftsverfassung aufgebaut werden kann. Diese Bestimmungen sind über das ganze Grundgesetz verstreut.⁶⁸⁾ Daraus läßt sich der Schluß ziehen, daß die Wirtschaftsverfassung auch heute Teil der verfassungsmäßigen Ordnung ist und deshalb nicht isoliert betrachtet werden kann.

Die wirtschaftlichen Grundrechte garantieren ein großes Maß von Freiheit für die Wirtschaft. Artikel 2 Abs. 1 garantiert die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit des Einzelnen, also vor allem die Wettbewerbs- und Vertragsfreiheit. Das Koalitionsrecht des Artikels 9 Abs. 3 ist die rechtliche Grundlage eines freien Arbeitsmarktes; auf dem Recht der freien Berufswahl in Artikel 12 Abs. 1 basieren die freie Berufsausübung und die Gewerbefreiheit. Die Eigentumsgarantie des Artikels 14 Abs. 1 sichert schließlich mit dem individuellen Eigentum die materiellen Grundlagen jeder freien eigenverantwortlichen Wirtschaftstätigkeit.

68) Die hier folgende Zusammenstellung der für die Wirtschaftsverfassung wichtigen Grundgesetzartikel folgt H a m a n n: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht. 1958, S. 30ff. Für den Begriff der Wirtschaftsverfassung soll die dort auf S. 13 gebrachte Definition herangezogen werden:
Wirtschaftsverfassung ist derjenige Bestand an Einzelsätzen unseres Verfassungsrechts, in dem die Grundlagen unserer Rechtsordnung speziell für den wirtschaftlichen Bereich des Einzelnen wie der Gesamtheit verankert und spezialisiert sind.

diese weitgehenden Freiheitsverbürgungen schweigen für sich allein betrachtet eine liberale Marktwirtschaft als die Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes zu statuieren.⁶⁹⁾ Sie werden jedoch im Grundgesetz selbst wieder eingeschränkt. Die freie wirtschaftliche Entfaltung wird begrenzt durch die Rechte anderer und die verfassungsmäßige Ordnung, worunter zumindest die tragenden Verfassungsgrundsätze zu verstehen sind.⁷⁰⁾ Die Berufsausübung kann gemäß Artikel 12 Abs.1 Satz 2 durch Gesetz geregelt werden; ebenso werden Inhalt und Schranken des Eigentums durch Gesetz bestimmt (Artikel 14 Abs.1 Satz 2). Schließlich macht die Sozialisierungsmöglichkeit in Artikel 15 deutlich, daß weder die Marktwirtschaft noch die "soziale Marktwirtschaft" die allein mögliche Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes ist. Weitgehende staatliche Lenkung und Planung sind auch in den Kompetenzregelungen der Artikel 73, Nr. 5, 6, 9 und 74, Nr. 11 bis 18 und 75, Nr. 4 vorgesehen, zumindest in den Bereich des verfassungsrechtlich möglichen gerückt. Darüber hinaus eröffnet auch der schon genannte Artikel 15 den Ausblick auf eine stark sozialistisch bestimmte Wirtschaftsordnung. Der Rahmen, in dem sich eine Wirtschaftsordnung in der Bundesrepublik bewegen kann, ist also sehr weit. Dennoch

69) wie es ja auch N i p p e r d e y und B ö h m (siehe oben S. 27 Anm. 63) annahmen.

70) so die herrschende Lehre entgegen der Auffassung von M a n g o l d t s: Grundgesetz, 1. Aufl. S.47 und des BVerfG: in 6/32 (Elfes-Urteil), die jedes verfassungsmäßig zustandegekommene Gesetz zur verfassungsmäßigen Ordnung rechnen. Vgl. dazu
M a u n z: Deutsches Staatsrecht, 6. Aufl. S. 93ff.

bietet er keinen Raum, die beiden gegensätzlichen Wirtschaftsordnungen der freien Marktwirtschaft und der totalen staatlichen Planwirtschaft mit einer völlig sozialisierten Wirtschaft in der Bundesrepublik zu verwirklichen.⁷¹⁾ Eine freie Marktwirtschaft wäre mit der vom Grundgesetz gegebenen Aufgabe des Staates, sozialer Rechtsstaat zu sein, unvereinbar. Auch eine voll sozialisierte Planwirtschaft wäre verfassungswidrig, weil sie die wirtschaftlichen Grundrechte inhaltslos machen würde. Damit verstieße diese Wirtschaftsordnung gegen die Wesensgehaltsgarantie (Artikel 19 Abs.3) und die Bestandsgarantie (Artikel 19 Abs.3) der Grundrechte.

Diesen weitgespannten und gegensätzlichen Möglichkeiten der wirtschaftlichen Entfaltung des Einzelnen und der staatlichen Einflußnahme auf die Wirtschaft wird durch die wirtschaftlich bedeutsamen Staatszielbestimmungen ein gemeinsamer Sinn eingegeben. Solche Staatszielbestimmungen sind: die Würde des Menschen zu achten und zu schützen (Artikel 1 Abs.1), die freie Entfaltung des Einzelnen entsprechend seinen Fähigkeiten zu sichern (Artikel 2 Abs.1) und den sozialen Rechtsstaat zu verwirklichen, in dem dem Einzelnen und der Familie ein der Würde des Menschen entsprechendes Leben in Freiheit und Selbstverantwortung und frei von unverschuldeter Not möglich ist. Diesem Ziel hat auch alle wirtschaftliche

71) So die herrschende Meinung. Statt vieler: Ballerstedt: Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 60.
E.R. Huber: a.a.O. DVBl 56/207; Hamann: a.a.O.
Merk: Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 418f.

Tätigkeit des Einzelnen und ganz besonders des Staates zu dienen. Individuelles Gewinnstreben soll zwar der Motor aber nicht der letzte Sinn allen wirtschaftlichen Handelns sein. Für das persönliche Eigentum hat Artikel 14 Abs. 2 diesen Gedanken mit den Worten ausgesprochen:

Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.

Dabei ist das Wohl der Allgemeinheit oder Gemeinwohl nicht gleichzusetzen mit dem "größten Glück der größten Zahl", wie es heute so häufig geschieht. Vielmehr ist das Gemeinwohl ein Ziel, das erst dann erreicht ist, wenn der letzte Bürger ein menschenwürdiges freies eigenverantwortliches Leben entsprechend dem Menschenbild des Grundgesetzes zu führen in der Lage ist. In diesem Sinne ist die Formel vom sozialen Rechtsstaat eine wirtschaftliche Staatszielbestimmung, die für die Wirtschaftsverfassung von großer Bedeutung ist. Sie ist aber mehr noch Anruf und Aufforderung an den Einzelnen, sein ganzes Tun, insbesondere aber sein wirtschaftliches Handeln, auch auf den Mitbürger und auf das allgemeine Wohl auszurichten.⁷²⁾

Darüber hinaus ist die Sozialstaatsklausel auch Ermächtigung und Auftrag⁷³⁾ an Bund, Länder und Gemeinden

72) Hans G e r b e r: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AbR Band 81 (1956), S. 1ff., bes. S. 39f.

73) B a c h o f: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. VVDStRL Heft 12, S. 80, Leitsatz I 2.
Willi G e i g e r: Was heißt sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz? in: Sozialer Rechtsstaat, Wohlfahrtsstaat, Versorgungsstaat. Paderborn 1961, S. 17
BVerfGE: 1/105: Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität verpflichtet.

und an alle öffentlichen Verwaltungsträger. Sie dürfen und müssen die wirtschafts- und Sozialordnung lenken und gestalten mit allen Mitteln, die das Grundgesetz zuläßt und bereithält einschließlich der Sozialisierung des Artikels 15 GG, wenn das Gemeinwohl es erfordert, weil die Einzelnen oder die freien gesellschaftlichen Zusammenschlüsse ihre Verantwortung für das Gemeinwohl zu tragen nicht bereit sind und dieses dadurch gefährdet wird. Diese Auslegung der Sozialstaatsklausel als ethischer Anruf im Sinne G e r b e r s und als Gestaltungsauftrag an den Staat schließen einander nicht aus. Sie entspricht vielmehr dem im Grundgesetz zum Ausdruck kommenden Subsidiaritätsprinzip.⁷⁴⁾ Dieses Prinzip besagt, daß die größere Gemeinschaft erst hilfsweise leistend, gestaltend und wirtschaftend eingreifen darf, wenn die kleinere, dem Hilfsbedürftigen oder dem zu lösenden Problem nähere Gemeinschaft diese Aufgabe nicht leisten kann.⁷⁵⁾

Die so von den wirtschaftlichen Grundrechten und den Staatszielbestimmungen maßgebend beeinflusste Wirtschafts-

74) vgl.: M a u n z: Deutsches Staatsrecht, 12. Aufl. 63, S. 68: Im Hinblick auf die Artikel 2, 6, 9, 28, 30 liegt das Subsidiaritätsprinzip dem Staatsaufbau und der Staatsform der Bundesrepublik mittelbar zugrunde.

D ü r i g: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. JZ 53/193ff.

Ingo v. M ü n c h: Staatliche Wirtschaftshilfe und Subsidiaritätsprinzip. JZ 50/303ff. Er begründet das Subsidiaritätsprinzip aus dem Menschenbild des Grundgesetzes. a.A.: R e u s s: a.a.O. S. 276, der das Subsidiaritätsprinzip nicht für einen Rechtsgrundsatz sondern für einen Zweckmäßigkeitssatz hält.

75) Adolf B ü s t e r h e n n: Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage vertikaler Gewaltenteilung. in: Festschrift für Nawiasky, 1956, S. 141ff.

verfassung des Grundgesetzes möchte ich als eine "am Gemeinwohl orientierte Wirtschaftsfreiheit" bezeichnen, also als eine solche, die nicht einem bestimmten Wirtschaftsmodell verpflichtet ist. Sie ist in ihrer augenblicklichen Form der sozialen Marktwirtschaft mit einer starken Betonung freiheitlicher Grundsätze nicht endgültig und unwiderruflich festgelegt; sie ist vielmehr in ihren oben aufgezeigten Grenzen elastisch und der wirtschaftlichen Entwicklung und den Erfordernissen des Gemeinwohls jederzeit anzupassen. Das Ausmaß, in dem dabei die wirtschaftsfreiheit des Einzelnen eingeschränkt ist, und staatliche Interventionen in den verschiedenen Formen von der Planung und Lenkung bis zur unmittelbaren staatlichen Eigenbetätigung in der Wirtschaft stattfinden, hängt davon ab, ob und wie die Einzelnen ihre wirtschaftliche Freiheit im Bewußtsein ihrer Verantwortung für das Gemeinwohl gebrauchen. Es besteht in dieser Wirtschaftsverfassung eine Interdependenz von Wirtschaftsfreiheit und staatlicher Wirtschaftsplanung und Lenkung,⁷⁶⁾ weil der soziale Rechtsstaat letztlich die Verantwortung für das Gemeinwohl und damit auch für die Wirtschaft selbst tragen will.⁷⁷⁾ Eine wirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand in privatrechtlichen Formen ist also nach der dargelegten Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes durchaus möglich, je nach Lage des Einzelnen kann sie sogar erforderlich sein.

76) Erich F e c h n e r: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. Recht und Staat, Heft 174, S. 16f.

77) E.R. H u b e r: Rechtsstaat und Sozialstaat... S. 17f.

III. Die gemeinderechtliche Regelung.

1. Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden grundsätzlich.

Die Voraussetzungen und Grenzen der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand sind gesetzlich erstmals für die Gemeinden geregelt worden. Nachdem das Preußische Gemeindefinanzgesetz und die Notverordnung des Reichspräsidenten vom 6. 10. 1931 ¹⁾ vorgegangen waren, bestimmte die Deutsche Gemeindeordnung von 1935 ²⁾ für alle Gemeinden des Reiches einheitliche Voraussetzungen einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung.

Nach §67 DGO durften wirtschaftliche Unternehmungen von Gemeinden nur errichtet oder wesentlich erweitert werden, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigte,
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf stand,
3. der Zweck nicht besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wurde oder erfüllt werden konnte.

Die Beteiligung der Gemeinden an einem wirtschaftlichen Unternehmen - nach der damaligen tatsächlichen Lage der Kommunalwirtschaft also vor allem an privatrechtlichen Gesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit (AG oder

1) RGBl. 1931 I 279, 538 und RGBl. 1930 I 517

2) RGBl. 1935 I 49

G.m.b.H.)³⁾ - war in §69 DGO an die gleichen Voraussetzungen gebunden wie die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung. Zusätzlich waren die Gemeinden auf solche Beteiligungsformen beschränkt, bei denen die Haftung der Gemeinden auf einen bestimmten Betrag beschränkt war. Schließlich bevorzugte §75 DGO für gemeindliche Wirtschaftsunternehmen eine nicht selbständige Betriebsform⁴⁾ und erschwerte die Umwandlung gemeindlicher Unternehmen in rechtlich selbständige Unternehmen, also vornehmlich privatrechtliche Gesellschaften, durch die dazu notwendige Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde.⁵⁾ Die Deutsche Gemeindeordnung hatte damit die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit, insbesondere in den Formen des Privatrechts, stark eingeschränkt. Privat-erwerbswirtschaftliche Betätigung war den Gemeinden überhaupt verboten. Sie waren auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben verwiesen und mußten auch in diesem Bereich zugunsten anderer Wirtschaftsträger⁶⁾, insbesondere der Privatwirtschaft, aber auch anderer öffentlicher Wirtschaftsträger - z.B. dem Reich - zurücktreten,

-
- 3) Dadurch wurden vor allem die Beteiligungen an privatrechtlichen Gesellschaften betroffen, denn §69 I DGO bestimmte ausdrücklich, daß diese Voraussetzungen für die Zweckverbände öffentlicher Körperschaften nicht erforderlich waren.
- 4) etwa den heutigen Eigenbetrieb. Diese Betriebsform war damals rechtlich noch nicht geregelt. Die DGO hat jedoch diese Betriebsform schon ins Auge gefaßt, und die spätere Eigenbetriebsverordnung von 1938 hat diesen Vorstellungen rechtliche Form verliehen. (RGBl. 1938 I 1650)
- 5) vgl. S u r é n - L o r s c h e l d e r: Die Deutsche Gemeindeordnung, Kommentar Anm 2 zu §75.
- 6) vgl. die eben da (Anm. 5) abgedruckte Begründung zu §67 der DGO.

wenn diese den öffentlichen Zweck, dem eine gemeindliche Wirtschaftstätigkeit dienen sollte, besser und wirtschaftlicher erfüllen konnten.

Nach dem Zusammenbruch des Reiches und einer Übergangsperiode, in der in einzelnen Teilen des Reiches die revidierte Deutsche Gemeindeordnung galt,⁷⁾ wurden mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wieder die Länder für das Gemeinderecht zuständig nach Artikel 70 Abs. 1 GG; in den Artikeln 73, 74 und 75 GG ist dem Bund keine Gesetzgebungskompetenz für das Gemeinderecht eingeräumt. Das bis dahin für ganz Deutschland einheitliche Gemeindewirtschaftsrecht der DGO wurde im Rahmen der neuen Gemeindeordnungen von den einzelnen Ländern nicht übernommen. Vielmehr wurden die Voraussetzungen zur Errichtung, Übernahme oder Erweiterung wirtschaftlicher Unternehmen durch die Gemeinden, die Beteiligung an ihnen oder ihre Ausgliederung aus der unmittelbaren Gemeindeverwaltung und Umgestaltung in rechtlich selbständige Unternehmen sehr unterschiedlich geregelt.⁸⁾ Einige Länder milderten⁹⁾ diese strengen Voraussetzungen gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit der Deutschen Gemeindeordnung zugunsten der Gemeinden, andere behielten sie bei.¹⁰⁾

7) Diese galt nicht in allen Ländern, sondern vornehmlich in der britischen Besatzungszone. Ihr Gemeindewirtschaftsrecht wurde nicht geändert.

8) Friedrich Z e i ß in Hans P e t e r s: Handbuch der Kommunalen Wissenschaft und Praxis. Bd. III S. 615: In ihrer Vielgestaltigkeit bieten die neuen Gemeindeordnungen der Länder ein getreues Abbild der widerstreitenden Auffassungen über die Berechtigung der Gemeinden, sich wirtschaftlich zu betätigen.

9) Baden-Württemberg, Hessen und Schleswig-Holstein.

10) Niedersachsen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

Zwei Länder verschärften die Voraussetzungen sogar.¹¹⁾

Im einzelnen gilt heute in den Bundesländern, soweit eine Regelung des Gemeindewirtschaftsrechts überhaupt erfolgt ist¹²⁾, folgendes:

Die entsprechenden Vorschriften in den Gemeindeordnungen von Baden-württemberg (§85), Hessen (§98) und Schleswig-holstein (§82) lassen die Errichtung, Übernahme oder wesentliche Erweiterung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen nur zu, wenn der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und das Unternehmen nach Art und Umfang der Leistungsfähigkeit und dem voraussichtlichen Bedarf der Gemeinden entspricht. Neben diesen Erfordernissen, die allen Gemeindeordnungen gemeinsam sind, darf nach den Gemeindeordnungen von Niedersachsen (§89), Nordrhein-Westfalen (§69), Rheinland-Pfalz (§77) und des Saarlandes (§89) der öffentliche Zweck nicht durch andere Unternehmen besser und wirtschaftlicher erfüllt werden können.

Nach der Bayerischen Gemeindeordnung schließlich (Artikel 75 Abs.1) darf der öffentliche Zweck nicht ebenso gut und wirtschaftlich von anderen Unternehmen erfüllt werden können, und nach Artikel 75 Abs.2 dürfen gemeindliche Wirtschaftsunternehmen keine wesentliche Schädigung oder Aufsaugung selbständiger Betriebe in Landwirtschaft, Handel, Gewerbe und Industrie bewirken.

11) Bayern und Nordrhein-westfalen.

12) Die Gemeindeordnung des Landes Bremen für Bremerhaf~~en~~ enthält keine Bestimmungen über die Gemeindegewirtschaft.

Nordrhein-Westfalen verlangt in §69 seiner Gemeindeordnung noch, daß der öffentliche Zweck das Unternehmen "dringend" erfordert.

Das allgemeine Verbot der Errichtung von Banken in §67 Abs.3 DGO ist von allen Gemeindeordnungen übernommen worden; die öffentlichen Sparkassen wurden von diesem Verbot ausdrücklich ausgenommen.¹³⁾

Die in der Deutschen Gemeindeordnung niedergelegten Voraussetzungen für eine Beteiligung¹⁴⁾ von Gemeinden an rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen sind von allen Gemeindeordnungen übernommen worden. Die Erschwerung der Umwandlung von Eigenbetrieben in rechtlich selbständige Unternehmen ist nur von einem Teil der Länder, und zwar in unterschiedlichem Maße angeordnet worden.¹⁵⁾

Schließlich haben alle Gemeindeordnungen das Verbot von Kopplungsgeschäften¹⁶⁾ der Deutschen Gemeindeordnung (§73) für gemeindliche Monopolunternehmen aufgenommen.

Die Gemeindeordnung von Baden-Württemberg vom 25. Juli 1955, Ges.Bl. S.129 regelt in ihrem dritten Teil "Gemeindewirtschaft" §§77 ff. die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in öffentlich-rechtlichen und in

13) So auch schon §67 Abs.4 DGO.

14) siehe oben S.37

15) Ba.-Wü. §§87, 89; Ndrs. §96; Rhld.-Pfz. §85; Saarl. §97; S.-H. §89.

16) vgl. für Ba.-Wü. §85 Abs.5:

Bei Unternehmen, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluß und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, daß auch andere Leistungen oder Lieferungen abgenommen werden.

privatrechtlichen Formen. §77, der dem Abschnitt als allgemeiner Wirtschaftsgrundsatz vorangestellt ist, lautet:

Die Gemeindewirtschaft ist so zu führen, daß die stetige Erfüllung der Aufgaben der Gemeinde gesichert ist. Die Gemeinde hat wirtschaftlich und sparsam zu verwalten, ihre Finanzen gesund zu erhalten und auf die wirtschaftlichen Kräfte der Abgabepflichtigen Rücksicht zu nehmen.

Im ersten Runderlaß zur Gemeindeordnung¹⁷⁾ heißt es zu §77, daß sich aus ihm Ziel und Grenzen der Gemeindewirtschaft ergeben und daß §77 der Ermessensgrundsatz sei, nach dem die Gemeinde ihre gesamte wirtschaftliche Betätigung auszurichten habe.¹⁸⁾ Die Vorschrift begrenzt die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit in zweifacher Weise. Wie sich im Zusammenhang mit dem noch zu behandelnden §85 Abs.1 Nr. 1 GO zeigt, darf die Gemeindewirtschaft nur zur Erfüllung von Aufgaben der Gemeinde dienen. Damit ist eine Grenze für alle Gemeindewirtschaft gesetzt. Sodann darf die Gemeindewirtschaft nie solche Ausmaße und Formen annehmen, daß andere Gemeindefaufgaben gefährdet werden könnten.

Stetige Erfüllung aller gemeindlicher Aufgaben muß das Ziel aller Gemeindewirtschaft sein; besondere wirtschaftliche Zweckmäßigkeiten und Gewinnaussichten müssen dahinter zurücktreten. Das gilt nicht nur für das "ob" gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, sondern auch für die

17) vom 15.11.1955 G.A.Bl. S.405 in der Fassung vom 28.5.1962 G.A.Bl. S.238

18) vgl. Kunze - Schmidt: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Stuttgart 1956, Anm. zu §77.

rechtliche Form, in die sie gekleidet wird.

Diesem Ziel dienen auch die Vorschriften über das Gemeindevermögen §§78 bis 84 GO. §78 verlangt eine pflegliche und nutzbringende Verwaltung und sichere Anlage des Gemeindevermögens. §81 spricht den Grundsatz der Vermögenserhaltung aus. Erwerb und Veräußerung von Gemeindevermögen sollen gemäß §§79, 80 nur erfolgen, soweit es mit der Erfüllung der Gemeindeaufgaben zu vereinbaren ist. Die Vorschrift, Rücklagen zu bilden (§82) dient sowohl der Sicherung und Erhaltung des Gemeindevermögens wie auch der Sicherung der Erfüllung gemeindlicher Aufgaben in der Zukunft. Diese Vorschriften sind mit ihrem bewahrenden und sichernden Inhalt das statische Element der Gemeindewirtschaft.

Das dynamische Element dagegen bildet die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, die in den §§85 ff. unter auch für diese Vorschriften geltenden Grundsatz des §77 GO geregelt ist. Sie soll dabei immer so ausgerichtet sein und solchen Umfang haben, daß die wirtschaftlich tätige Gemeinde mit ihrer Tätigkeit gemeindliche Aufgaben erfüllt, nicht mehr. Die Gemeinde soll dabei aber immer nur so handeln, daß dieses Erfüllen gemeindlicher Aufgaben selbst - etwa durch schlechte Wirtschaftsführung - nicht gefährdet wird und gleichzeitig auch die Erfüllung anderer Gemeindeaufgaben gesichert bleibt.

Art und Umfang wirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden werden somit letztlich auch durch das Ziel des §77 der Gemeindeordnung begrenzt.¹⁹⁾

§ 85 GO, der die genauen Voraussetzungen einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden Baden-Württembergs nennt, lautet:

Die Gemeinde darf wirtschaftliche Unternehmen nur errichten, übernehmen oder wesentlich erweitern, wenn

1. der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigt und
2. das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht.

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinde sind so zu führen, daß der öffentliche Zweck erfüllt wird; sie sollen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen.

wirtschaftliche Unternehmen im Sinne dieses Abschnittes sind nicht

1. Unternehmen, zu deren Betrieb die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,
2. Einrichtungen des Unterrichts-, Erziehungs- und Bildungswesens, der Kunstpflege, der körperlichen Ertüchtigung, der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege sowie öffentliche Einrichtungen ähnlicher Art und
3. Hilfsbetriebe, die ausschließlich zur Deckung des Eigenbedarfs der Gemeinde dienen.

Auch diese Unternehmen und Einrichtungen sind nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu führen.

Bankunternehmen darf die Gemeinde nicht betreiben. Für das öffentliche Sparkassenwesen verbleibt es bei den besonderen Vorschriften.

19) Kurt Göbel: Die Gemeindeordnung für Baden-Württemberg, Kommentar. Anm. 1 zu § 77.

Bei Unternehmen, für die kein Wettbewerb gleichartiger Privatunternehmen besteht, dürfen der Anschluß und die Belieferung nicht davon abhängig gemacht werden, daß auch andere Lieferungen oder Leistungen abgenommen werden.

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens ist in dieser Gemeindeordnung wie auch in denen der anderen Länder und der alten DGO nicht definiert. Im ersten Runderlaß zur Gemeindeordnung²⁰⁾ zu §85 unter 1. Satz 2 wird diese Lücke in Anlehnung an die Ausführungsanweisungen zum 6. Teil der DGO²¹⁾, die ihrerseits den alten §86 des Preußischen Gemeindefinanzgesetzes aufgegriffen hatte, wie folgt ausgefüllt:

Als wirtschaftliche Unternehmen sind solche Einrichtungen anzusehen, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können.

Über seine Vorgänger hinausgehend fügt der Runderlaß noch hinzu:

Die Einrichtungen der Wasserversorgung fallen in der Regel unter die Vorschriften des Abs.1²²⁾ - nämlich des §85 Abs.1 - .

Sie sind also auch wirtschaftliche Betriebe. Diese Auffassung entspricht auch der neueren Rechtsprechung.²³⁾

20) vgl. S. 41 Anm. 17)

21) Runderlaß des Reichs- und Preußischen Ministers des Inneren vom 22.3.1935, RMBl.IV. S.475

22) §85 Abs.1 GO

23) OVG Münster: Entscheidung vom 18.2.1953 (III A 1059/51), abgedruckt in K o t t e n b e r g: Rechtsprechungssammlung, Entscheidung 1 zu §§ 19/69 GO NRW. Danach ist eine öffentliche Wasserleitung ein wirtschaftliches Unternehmen, wenn auch für ihre Anlage und ihren Betrieb u.a. gesundheitliche Gründe sprechen und ein Anschluß- und Benutzungszwang besteht. Für die gewerbliche Wirtschaft als Großverbraucher ist Wasser ein Wirtschaftsgut.

Das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht ist für die Frage, ob gemeindliche wirtschaftstätigkeit vorliegt, nicht entscheidend. Bei der Gemeinde braucht nach einheitlicher Auffassung eine Gewinnerzielungsabsicht nicht vorzuliegen.²⁴⁾ Für die Gemeinde steht der mit der Betätigung zu erfüllende öffentliche Zweck im Vordergrund. Erst in zweiter Linie soll nach Gewinnerzielung getrachtet werden (§85 Abs.2). Bei Hintanstellung des verfolgten öffentlichen Zwecks, wie es bei Privatunternehmen der Fall ist, muß das Unternehmen geeignet sein, Gewinn abzuwerfen, um als wirtschaftliches Unternehmen gelten zu können.

Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens sagt im übrigen nichts über die Rechtsform, in der es von der Gemeinde betrieben werden darf, aus.²⁵⁾ Diese kann öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich sein. §85 der Gemeindeordnung läßt in soweit noch alle Möglichkeiten offen, und §86 GO²⁶⁾ setzt andere Formen als nur die des Eigenbetriebes voraus.

Die Voraussetzung des §85 Abs.1 Nr. 2 ist im Grunde unproblematisch und selbstverständlich. Es entspricht den

24) vgl. Friedrich Karl Surén: Gemeindewirtschaftsrecht, Köln 1960, S.143,
Kunze - Schmidt: a.a.O. Anm. II 2 zu §85
Zeig: in Peters: Hdb. ... Bd. III, S.624ff.
Otto Gönnewein: Gemeinderecht, Tübingen 1963, S.476

25) vgl. Surén: a.a.O. S.142

26) §86 der Gemeindeordnung für Baden-Württemberg:
Die Wirtschaftsführung und Verwaltung der wirtschaftlichen Unternehmen der Gemeinde ohne eigene Rechtspersönlichkeit (Eigenbetriebe) wird durch besonderes Gesetz geregelt.

Grundsätzen jeder Verwaltung, daß sie nur im Rahmen der Leistungsfähigkeit des Verwaltungsträgers zu führen ist.²⁷⁾ Das gebieten für die Gemeinden auch die §§ 2 und 77 GO. Nach §2 verwalten die Gemeinden in ihrem Gebiet alle öffentlichen Aufgaben allein und unter eigener Verantwortung. Nach §77 Satz 2 hat die Verwaltung wirtschaftlich sparsam zu sein und die Finanzen der Gemeinde gesund zu erhalten. Das ist nur durch Rücksicht auf die wirtschaftliche Kraft der Einwohner und der örtlichen Wirtschaftsunternehmen möglich. Auch kann der Rentabilitätsgrundsatz in §85 Abs.2 GO nur so mit Erfolg zur Geltung gebracht werden. Wo die Grenzen der Leistungsfähigkeit und des Bedarfs liegen, muß von den örtlichen Verhältnissen aus beurteilt werden.²⁸⁾ Die Grundsätze des Gemeindehaushaltsrechts und die Vorlagepflicht der Gemeindebeschlüsse über wesentliche wirtschaftliche Angelegenheiten gemäß §91 GO sind bestimmt, die Gemeinden im übrigen vor falscher Einschätzung ihrer Leistungsfähigkeit zu bewahren.²⁹⁾

27) vgl. dazu auch die amtlichen Begründungen zu §67 DGO Nr. 1b, zitiert nach S u r e n: a.a.O. S.158:

Die Gemeinden sind in erster Linie Träger öffentlicher Verwaltung, wie schon für den Aufgabenkreis dieser Verwaltung der Grundsatz gilt, daß er stets im Einklang mit der gemeindlichen Leistungsfähigkeit stehen muß, so muß sich auch jede wirtschaftliche Betätigung in den Grenzen halten, die der Leistungsfähigkeit der Gemeinden gezogen sind.

28) Kurt G ö b e l: a.a.O. Anm3 zu §85

29) Gemeindehaushaltsrecht: §§ 92 - 107 GO

§91 GO: die 1. DVO zur Gemeindeordnung vom 31.10.55 Ges.Bl. S.235 bestimmt in §18 eine Befreiung von der Vorlagepflicht des §91 GO für solche Betätigungen der Gemeinde, deren Aufwendungen die in §15 derselben VO angegebenen Wertgrenzen nicht übersteigen.

Die wichtigste Voraussetzung gemeindlicher wirtschaftstätigkeit ist, daß sie von einem öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist (§85 Abs.1 Nr. 1 GO). Dazu heißt es schon in der Begründung zur DGO³⁰⁾:

Für die Zulässigkeit gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit ist in jedem Falle ausschlaggebend, daß sie durch einen öffentlichen Zweck gerechtfertigt ist. Es kann einer Gemeinde nie erlaubt sein zu wirtschaften, wenn ihr einziges Ziel dabei das der Gewinnerzielung ist. Vielmehr muß es sich bei der gemeindlichen Wirtschaft stets um eine Betätigung handeln, die nach der ganzen Entwicklung und den herrschenden Anschauungen eine im öffentlichen Interesse gebotene Versorgung der Einwohnerschaft zum Gegenstand hat. Demnach müssen Leistungen und Lieferungen des gemeindlichen Unternehmens selbst einem öffentlichen Zweck dienen.

Diese so verstandene öffentliche Zweckbindung der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden ist in der gesamten Literatur, soweit ersichtlich, unbestritten.³¹⁾

Nicht nur die Errichtung wirtschaftlicher Unternehmen durch die Gemeinden, sondern auch die Leistungen dieser Unternehmen müssen dem öffentlichen Zweck³²⁾ dienen, sie

30) S u r é n: a.a.O. ~~Anm. 3 zu~~ §85. S.155

31) G ö n n e n w e i n: a.a.O. S.59 ff.

K u n z e - S c h m i d t: a.a.O. §85 Anm. IV 1.

K l a u s S t e r n: Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung. Bayer. verw. Bl. 62/129 ff.

32) S t e r n: a.a.O. S.130: Der öffentliche Zweck ist nicht mehr Zulassungsvoraussetzung, sondern Wesensmerkmal gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit.

a.A. im Zusammenhang mit dem Streit um den Art. 75 der Bayer. Gemeindeordnung vgl.: Bayer. verf.GH: v. 23.12.57 Bayer. Verw.Bl. 58/51 ff.

J a k o b K r a t z e r: Bayer. Verw.Bl. 62/133 ff., der nur die rein erwerbswirtschaftlichen Unternehmen für wirtschaftliche Unternehmen im Sinne des Art. 75 hält und alle Einrichtungen der Daseinsvorsorge dagegen für einen nicht wirtschaftlichen Teil der Verwaltung ansieht.

müssen unmittelbar Primärzweck sein. Eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zwecks Erzielung von Gewinn, der dann seinerseits wichtigen öffentlichen Zwecken - etwa dem Schulbau - zugeführt werden soll, ist nach einhelliger Auffassung unzulässig.³³⁾

Zwar sagt §85 Abs.2 GO, daß wirtschaftliche Unternehmen einen Gewinn für den Gemeindehaushalt erbringen sollen. Diese Forderung darf jedoch nur erfüllt werden, soweit es die Gewährleistung des öffentlichen Zweckes zuläßt.³⁴⁾ Der öffentliche Zweck hat im Mittelpunkt jeder gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit zu stehen. Diese unbedingte und vorrangige Zweckbindung ist nicht zu vergleichen mit der Gemeinwohlverpflichtung und damit öffentlichen Zweckbindung des Eigentums in Art. 14 Abs.2 GG. Diese ist eine den privaten Interessen des Eigentümers allenfalls gleichgeordnete Bindung, die sich auch mit einem stark ausgeprägten Individualinteresse des Eigentümers verträgt. Die öffentliche Zweckbindung gemeindlicher wirtschaftlicher Unternehmen soll dagegen die Ausrichtung eines Gemeindebetriebes auf einen Gewinn für die Gemeinde nicht ausschließen. In erster Linie aber sollen Leistungen und Lieferungen gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung den Erfordernissen des öffentlichen Zweckes

33) S t e r n: a.a.O. S.132;

Gönnenwein: a.a.O. S.58;

K u n z e - S c h m i d: a.a.O. §85 Anm. IV 1;

Z e i ß: a.a.O. BÄ. III S.624 f.

34) Hermann B r ü g e l m a n n und Wolfgang L ü d w i g:
Kommunale Versorgungswirtschaft. in P e t e r s: Hdb.
d. Komm. Wiss. u. Prax., Bd.III S.655 f.

dienen.³⁵⁾

Dazu, wann der öffentliche Zweck die Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden rechtfertigt, gibt die Literatur keine generelle Antwort.³⁶⁾ Es werden nur einzelne Fälle beispielhaft aufgezählt. So wird es angenommen dort, wo Leistungen unmittelbar öffentlichen Zwecken dienen, wie etwa in der Versorgungswirtschaft, wo im Bereich der existentiell notwendigen Leistungen der Bildung privater Monopole durch öffentliche Unternehmen vorgebeugt werden soll;³⁷⁾ weiterhin da, wo eine im öffentlichen Interesse stehende Leistung ihrer Natur nach nur von einem gemeindlichen Betrieb erbracht werden kann - wie der Druck amtlicher geheimer Schriftstücke durch eine Gemeindedruckerei -, wo eine öffentliche Aufgabe nur durchgeführt werden kann, wenn im Zusammenhang damit ein wirtschaftliches Unternehmen betrieben wird, oder wo für die öffentlichen Aufgaben - wie Feuerwehr - benötigte Arbeitskräfte in ihrer Bereitschaftszeit sinn voll beschäftigt werden müssen.³⁸⁾

35) Umstritten ist, ob etwa solche mittelbaren Ergebnisse gemeindlicher Wirtschaftsbetätigung, wie die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit durch Errichtung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen oder die Verhütung von Arbeitslosigkeit durch Übernahme notleidender Wirtschaftsunternehmen durch die Gemeinde, zulässig ist (so Z e i ß: a.a.O.) oder nicht (so Surén: a.a.O. S.154 mit Nachweisen, Kunze - Schmid: a.a.O. Anm. IV 1 zu §85 GO).

36) Kunze - Schmid: a.a.O. beschränken jedoch ausdrücklich nicht auf Versorgungsbetriebe. Lediglich S t e r n: a.a.O. S.132: Die Gemeinde darf nur den "Gesellschaftlichen Fehlbedarf" decken.

37) Surén: a.a.O. S.156;
G ö n n e n w e i n: a.a.O. S.59.

38) Diese Beispiele sind bei Surén: a.a.O. S.155 aufgezählt.

Diese Beantwortung der Frage nach dem Vorliegen des öffentlichen Zweckes von Fall zu Fall ist unbefriedigend. Der öffentliche Zweck wird damit zu einem Ermessensbegriff³⁹⁾, der zur Rechtfertigung wirtschaftlicher Betätigung in einem so weiten Maße herangezogen werden kann, daß von einer wirklichen Einschränkung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit, soweit die Gemeinden keine reine Erwerbswirtschaft treiben, nicht gesprochen werden kann.⁴⁰⁾

Die von Kunze - Schmid⁴¹⁾ versuchte Ausfüllung des Begriffes "öffentlicher Zweck" mit "Aufgaben aus dem Wirkungskreis der Gemeinden" nach §2 der Gemeindeordnung ist auch unbefriedigend, weil durch §85 die in §2 proklamierte Allzuständigkeit der Gemeinden im Bereich der Gemeindewirtschaft gerade eingeschränkt werden soll.⁴²⁾ Man kann deshalb nicht zur Ausfüllung des §85 GO wieder auf §2 GO zurückgreifen.

Die Gemeindeordnung von Baden-Württemberg hat im Gegen-

39) Als solchen bezeichnet ihn auch Suren: a.a.O. S.157

40) Kunze - Schmid: a.a.O. Anm. IV 1 zu §85 GO:

Eine Abgrenzung zwischen öffentlicher Zweckbestimmung und privatwirtschaftlicher Betätigung ist bei der Vielfalt gemeindlicher Aufgaben schwer zu finden. Im Einzelfall wird die Entscheidung der Gemeinde darauf gerichtet sein müssen, daß der Zweck des Unternehmens mit dem Aufgabenkreis der Gemeinde in einem sachlichen Zusammenhang steht und die Gemeinde nicht ohne öffentlichen Grund in die Sphäre privatwirtschaftlicher Betätigung übergreift. ebenso:

Gönnenwein: a.a.O. S.58, der sich gegen ein Übergreifen der Gemeindewirtschaft auf die Gütererzeugung und -verteilung, die bereits von Privaten ausreichend erfolgt, ausspricht.

41) Kunze - Schmid: a.a.O. Anm. V zu §85 GO.

42) derselbe: Anm. I 2 zu §2 GO.

Gönnenwein: a.a.O. S. 38 und 54.

satz zu den meisten Gemeindeordnungen der Bundesländer die dritte Voraussetzung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit der DGO, wonach die Gemeinden nur dann tätig werden dürfen, wenn der öffentliche Zweck nicht besser und wirtschaftlicher⁴³⁾ durch andere erfüllt werden kann, nicht übernommen.⁴⁴⁾ Gleichwohl kann eine solche Beschränkung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit auch in Baden - Württemberg nicht übersehen werden. Von ihr ist auch hier zumindest bei der Auslegung und Ausfüllung des Begriffes "öffentliche Zweckbindung" des §85 Abs.1 Nr. 1 der Gemeindeordnung auszugehen; denn in ihr kommt ein tragender Grundsatz des deutschen Gemeindefirtschaftsrechts zum Ausdruck: die Subsidiarität⁴⁵⁾ der gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit. Daneben ergibt sich auch aus anderen Vorschriften wie den §§ 1 und 77 GO, daß die Gemeinden eine bessere und wirtschaftlichere Erfüllung öffentlicher Zwecke durch andere nicht durch

43) Besser und wirtschaftlicher heißt in diesem Zusammenhang qualitativ besser, störungssicherer, gleichmäßiger, preisgünstiger, ohne Notwendigkeit einer Rentabilität. Die Gewinnerzielung allein macht noch nicht die bessere und wirtschaftlichere Zweckerfüllung aus. vgl. dazu S u r é n: a.a.O. S.166.

"Andere" im Sinne der Gesetzesbestimmungen sind vor allem Private, aber auch überörtliche öffentliche Unternehmen.

44) Im 1. Runderlaß zur Gemeindeordnung vom 15.5.1955, GABl. S.405 in der Fassung vom 28.5.1962, GABl. S.238 wird ausdrücklich betont, daß diese Einschränkung gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit weggefallen sei und ihr Vorliegen künftig nicht mehr zu prüfen sei. nach B r ü g e l m a n n - L u d w i g: a.a.O. S.672f. soll es den Gemeinden Baden-Württembergs jedoch nur dann freistehen, sich für eigene wirtschaftliche Unternehmen zu entscheiden, wenn gewichtige öffentl. Interessen für ein Tätigwerden der Gemeinden sprechen, wobei diese Gründe nicht wirtschaftlicher Art sein müssen.

45) zu diesem Begriff siehe oben S.34

eigene Wirtschaftstätigkeit verhindern dürfen. Damit würden die Gemeinden dem Allgemeinwohl entgegenwirken und den Grundsatz der sparsamen wirtschaftlichen Verwaltung und der Rücksichtnahme auf die abgabepflichtigen Bürger verletzen.

2. Wirtschaftliche Betätigung in privatrechtlichen Formen.

Eine spezielle Frage ist nun die, in wieweit eine wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden in privatrechtlichen Formen zulässig ist. Soweit es sich dabei um den Betrieb, die Errichtung oder Erweiterung von wirtschaftlichen Unternehmen handelt, hat sie eine besondere Antwort in §87 der Gemeindeordnung Baden - Württembergs dahin erhalten:

Die Gemeinde darf sich an einem rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen nur beteiligen, wenn

1. die Voraussetzung des §85 Abs.1 vorliegen,
2. der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb erfüllt wird oder erfüllt werden kann und
3. für die Beteiligung eine Form gewählt wird, bei der die Haftung der Gemeinde auf einen ihrer Leistungsfähigkeit angemessenen Betrag begrenzt wird.

Die Gemeinde darf der Beteiligung eines Unternehmens, an dem sie mit mehr als 50 v.H. beteiligt ist, an einem anderen Unternehmen nur zustimmen, wenn die Voraussetzung des §85 Abs.1 Nr. 1 vorliegt.

Die Beteiligung der Gemeinde an einem Zweckverband bleibt hiervon unberührt.

Als Beteiligung ist nur die echte mitwirtschaftende Beteiligung anzusehen.⁴⁶⁾ Das ergibt sich schon aus dem systematischen Zusammenhang des 3. Abschnittes der Gemeindeordnung "Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde".

46) vgl. Kunze - Schmid: a.a.O. Anm. II 2 zu §87

Eine bloße kapitalmäßige Beteiligung im Sinne einer Kapitalanlage, insbesondere einer vorübergehenden Kapitalanlage, ist keine Beteiligung im Sinne des §87 GO, weil mit ihr keine wirtschaftliche Betätigung verbunden ist.⁴⁷⁾ Eine Abgrenzung bereitet jedoch Schwierigkeiten, und zwar in besonderem Maße bei lange bestehenden kapitalmäßigen Beteiligungen und bei solchen Beteiligungen, die nicht nur einen kleinen Teil des jeweiligen Unternehmens umfassen. Schließlich bleibt in jeder Beteiligung, gleichgültig, ob sie nur als Kapitalanlage angesehen wird oder nicht, immer die Möglichkeit des Mitwirtschaftens bestehen⁴⁸⁾, die jederzeit wieder genutzt werden kann. Es lassen sich Beispiele anführen, daß Beteiligungen, die zum Zwecke der öffentlichen Einflußnahme von den Gemeinden oder sonstigen Institutionen erworben worden waren, zu bloßen kapitalmäßigen Beteiligungen wurden.⁴⁹⁾ Andererseits werden ursprünglich nur

47) vgl. S u r é n: a.a.O. S.185f.

48) Eine Ausnahme bilden lediglich Beteiligungen nach §115 Aktien-Gesetz (Vorzugsaktien ohne Stimmrecht). Diese werden aber von den Gemeinden selten innegehalten.

49) So wurde die Dreisgau-Milchhof-G.m.b.H. Freiburg bzw. ihre Vorgängerin in den Notzeiten des ersten Weltkrieges gegründet, um so der Stadt Freiburg einen Einfluß auf die Milcherzeugung, -verwertung und -verteilung zu sichern und auf diese Weise die Versorgung der Bevölkerung zumindest notdürftig sicherzustellen. Nach Besserung der verhältnisse war die Erfüllung dieses öffentlichen Zweckes, nämlich die Versorgung der Bevölkerung, durch die Stadt selbst nicht mehr erforderlich; daher sank die Beteiligung der Stadt Freiburg an diesem Unternehmen zu einer nur kapitalmäßigen herab. Ähnlich ist es mit der 1945 in der zerstörten Stadt Mannheim gegründeten Trümmerbeseitigung und -verwertung Mannheim G.m.b.H., deren Aufgabe aus ihrem Namen hervorgeht, deren öffentlicher Zweck nunmehr nach dem Wiederaufbau erfüllt ist, so daß die Beteiligung der Stadt Mannheim nur noch von kapitalmäßigem Interesse ist.

kapitalmäßige Beteiligungen zum einflußnehmenden mitwirtschaften genutzt.⁵⁰⁾ Im Einzelfall wird man die Frage, ob eine echte Beteiligung oder nur eine Kapitalanlage vorliegt, danach beantworten können, in welchem Maße die Gemeinde in den Organen des Unternehmens vertreten ist, und wie die Beteiligungen verwaltet werden. In den großen Gemeinden werden vielfach die Beteiligungen an wirtschaftlichen Unternehmen, an denen die Gemeinde mitwirtschaftend interessiert ist, sachlich vom zuständigen Ressortbeamten und finanzmäßig vom Stadtkämmerer oder Finanzdirektor verwaltet, während bei nur kapitalmäßigen Beteiligungen die gesamte Verwaltung beim Finanzdezernenten liegt.⁵¹⁾ Das gilt jedoch nur für große Gemeinden, in denen umfangreiche und stark gegliederte Verwaltungsbehörden bestehen.

Im Ergebnis wird man sagen können, daß für nur kapitalmäßige Beteiligungen §87 GO nicht gilt, sondern daß für diese Beteiligungen die Vorschriften über die Anlage von Gemeindevermögen (§§78 ff. GO) gelten. Entwickelt sich jedoch durch den Entschluß der beteiligten Gemeinde aus einer bloßen Kapitalanlage eine gemeindewirtschaftlich genutzte Beteiligung oder ist der Einfluß

50) Beispiele: außerhalb des Gemeindebereichs: So wurden die Bundesbeteiligungen zeitweise nur als Kapitalanlagen betrachtet. Später entschloß sich die Bundesregierung, auf das Wirtschaftsgeheimnis ihrer Gesellschaften Einfluß zu nehmen. So versuchte sie z.B., das VW-Werk zur Rücknahme einer bereits vollzogenen Preiserhöhung zu veranlassen.

51) z.B.: Die Stadtverwaltungen Mannheim und Freiburg/Brsg. einerseits, andererseits die Stadtverwaltung Offenburg und als extremes Beispiel die Gemeindeverwaltung Hinzarten, wo die gesamte Verwaltung in der Hand des Bürgermeisters liegt.

der Gemeinde wegen der Größe der Beteiligung von entscheidender Bedeutung für das Unternehmen, so liegt eine Beteiligung im Sinne des §87 GO vor.

§87 betrifft nach seinem Wortlaut die Beteiligung der Gemeinden an rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Unternehmen. Im privatrechtlichen Bereich sind davon besonders betroffen die als handelsrechtliche Gesellschaften betriebenen Eigenbetriebe⁵²⁾, vornehmlich auf dem Gebiete der Versorgungswirtschaft. Häufig handelt es sich dabei um die sogenannten Eigengesellschaften.⁵³⁾ Weiter gehören dazu die Beteiligungen der Gemeinden an den sogenannten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen.⁵⁴⁾ Der Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens in §87 GO ist derselbe wie in §85.⁵⁵⁾ Allerdings gelten auch die Voraussetzungen des §87 für solche nichtwirtschaftlichen Unternehmen im Sinne des §85 Abs.3, die als gemischtwirtschaftliche Unternehmen wenigstens für den privaten Beteiligten Erwerbszwecken dienen, was besonders bei Unternehmen nach §85 Abs.3 Nr. 2 häufig der Fall ist. Schließlich werden von §87 noch die Beteiligungen an

52) vgl. S u r é n: a.a.O. S.186

53) Dieser Begriff wird in der Literatur und Praxis allgem. gebraucht für gemeindliche Unternehmen in Form von handelsrechtlichen Gesellschaften (AG oder G.m.b.H.), deren Anteile zu 100% im Besitz und Eigentum einer Gemeinde sind. vgl. §1 der 1. Ausführungsanweisung zur EigenbetriebsVO, Kundenerlaß des RMdI und des RFM vom 22.3.1939.

54) Dieser ebenfalls in Literatur und Praxis übliche Begriff bezeichnet wirtschaftliche Unternehmen, deren Anteile sich teilweise in Privathand, teilweise auch in der Hand des Staates oder anderer öffentlicher Körperschaften befinden. vgl. dazu Hans P a g e n k o p f: Einführung in die Kommunalwissenschaft. S.161

55) siehe oben S.44

privatrechtlichen wirtschaftlichen Unternehmen erfaßt, die von mehreren Gemeinden gemeinsam betrieben werden. Eine Beteiligung in der beschriebenen Weise ist nach §87 ausdrücklich nur an rechtlich selbständigen Unternehmen zulässig und nur in einer Form, in der die Haftung auf einen bestimmten Betrag beschränkbar ist. Die in diesem Zusammenhang von G ö b e l ⁵⁶⁾ und anderen aufgeworfene Frage der Beteiligung kleiner Landgemeinden an Genossenschaften mit unbeschränkter Haftung ⁵⁷⁾ ist bei allem was kommunalpolitisch dafür sprechen mag, von der Gemeindeordnung negativ entschieden worden. Der Zweck dieses Verbotes einer Beteiligung bei nicht-beschränkter Haftung ist derselbe, der auch in der weiteren Beschränkung in §87 auf einen der Leistungsfähigkeit der Gemeinde angemessenen Betrag zum Ausdruck kommt: Bei aller gemeindlichen Wirtschaftstätigkeit muß unbedingt die Leistungsfähigkeit der Gemeinde erhalten bleiben.

Im Gegensatz zu den meisten deutschen Gemeindeordnungen ⁵⁸⁾, die gemeindliche Wirtschaftsbeteiligungen in der oben beschriebenen Weise oder ähnlich regeln, beschränkt §87 Abs.1 Nr. 2 GO von Baden - Württemberg die Beteiligung der Gemeinden an Wirtschaftsunternehmen noch weiter: Eine Beteiligung ist nur zulässig, wenn der öffentliche Zweck nicht ebenso gut durch einen Eigenbetrieb erfüllt

56) G ö b e l: Die Gemeindeordnung für Ba.-Wü. Anm.2 zu §87

57) § 2 Nr. 1 Genossenschaftsgesetz

58) vgl. die Gemeindeordnungen von Bayern, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz.

werden kann. Damit entscheidet sich die Gemeindeordnung eindeutig grundsätzlich für den in öffentlich-rechtlicher Form und ohne eigene Rechtspersönlichkeit ausgestalteten Eigenbetrieb der Gemeinde und gegen jedes privatrechtlich gestaltete Unternehmen, soweit dieses die mit der Wirtschaftstätigkeit notwendigerweise - §85 Abs.1 Nr. 1 - verfolgten öffentlichen Zweck nicht besser erfüllt.⁵⁹⁾ Da eine solche Bessererfüllung durch privatrechtlich gestaltete Gemeindeunternehmen nachgewiesen werden muß⁶⁰⁾, wird durch diese Voraussetzung die privatrechtliche Betätigung einer Gemeinde, vor allem die Umwandlung von Eigenbetrieben in privatrechtliche Eigengesellschaften stark eingeschränkt.⁶¹⁾ Ausdrücklich gilt diese Einschränkung nicht für den öffentlich-rechtlich gestalteten Zweckverband.⁶²⁾ Als Gründe für diese Ablehnung der privatrechtlichen Unternehmensformen werden genannt: Verlust der Einheit der Gemeindeverwaltung; Gefahr der Verselbständigung der wirtschaftlichen Eigengesellschaften gegenüber der Gemeinde; Gefährdung des öffentlichen Zweckes, indem von der unab-

59) "Besser" heißt hier nicht nur wirtschaftlicher, sondern in erster Linie im Hinblick auf das öffentliche Interesse an den zu erbringenden Leistungen besser, also sicherer, gleichmäßiger und billiger. vgl. dazu auch oben S.51, Anm. 43), ebenso Kunze - Schmid: Gemeindeordnung, Anm.III 2 zu §87 GO.

60) Nach §91 Abs.1 GO hat die Gemeinde das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des §87 der Rechtsaufsichtsbehörde nachzuweisen.

61) Für eine solche Beschränkung spricht sich schon die Begründung zu §67 DGO aus.

62) vgl. §87 Abs.3 GO Ba.-Wi. Zum Begriff des Zweckverbandes siehe unten S. und Zweckverbandsgesetz von Ba.-Wi. vom 24.7.1963, Ges.Bl. S.114

hängigen Werksleitung die Werksinteressen in den Vordergrund gestellt werden könnten; Umgehung des Gemeindehaushaltsrechts; Streben nach Ausweitung des Unternehmens über das gemeindlich notwendige Maß hinaus und überhaupt die Tendenz zu einem Eigenleben, die jedem rechtlich selbständigen wirtschaftlichen Gebilde innewohnt.⁶³⁾ Um dieser Tendenz zu steuern, und den Einfluß der Gemeinden in ihren Wirtschaftsunternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit und auf ihre Beteiligungen zu wahren, bestimmt §88 GO, daß die Gemeinden in den Organen dieser Unternehmen vertreten sein müssen. Diese im vorstehenden geschilderten Beschränkungen gelten auch für mittelbare Beteiligungen der Gemeinden.

Die gemeinderechtliche Regelung der Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand in privatrechtlichen Formen läßt sich folgendermaßen zusammenfassen und charakterisieren: Eine gemeindliche Wirtschaftsbetätigung darf nur zur Erfüllung öffentlicher Zwecke erfolgen. Die Betätigung selbst muß diese Zwecke erfüllen. Die Erfüllung öffentlicher Zwecke ist nicht Voraussetzung, sondern Wesensmerkmal der Betätigung.⁶⁴⁾ Das Gemeinwohl muß sie zwingend erfordern.⁶⁵⁾ Sie muß der Befriedigung

63) vgl. hierzu statt vieler in Peters: Hdb. Bd. III: Zeiß: Kommunales Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. S. 611 ff., bes. S. 627 und 645
H. Brügelmann und W. Ludwig: Kommunale Versorgungswirtschaft. S. 655 ff., bes. S. 670 f.

64) Stern: Gemeindeordnungen und kommunale Wirtschaftsbetätigung. Bayer. Verw. Bl. 62/129 f.

65) vgl. Arnold Köttgen: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. in Festschrift Deutscher Juristentag, Bd. I S. 577 ff., bes. S. 602 und
Gönnenwein: a.a.O. S. 37. und andere Autoren.

allgemeiner, dringender, anderweitig nicht zu erfüllender Bedürfnisse dienen⁶⁶⁾, den sogenannten "gesellschaftlichen Fehlbedarf" decken. Sie ist also subsidiär. Das Subsidiaritätsprinzip ist nur in einigen Gemeindeordnungen ausdrücklich genannt⁶⁷⁾, gilt aber als Charakteristikum gemeindewirtschaftlicher Betätigung allgemein, zumal es auch der Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes entspricht.⁶⁸⁾ Eine erwerbswirtschaftliche Betätigung ist damit den Gemeinden verboten, weil ihr Wesen nicht in der Erfüllung öffentlicher Zwecke liegt, sondern in der Erwerbsabsicht.⁶⁹⁾ Bei der Beantwortung der Frage, ob eine bestimmte Wirtschaftstätigkeit einer Gemeinde zulässig ist, und bei der Anwendung der oben beschriebenen Grundsätze, besonders des Subsidiaritätsprinzips, muß immer im Auge behalten werden, daß die Gemeinde im örtlichen Bereich für das Gemeinwohl⁷⁰⁾ und damit für die Beschaffung und Verteilung der elementarsten Lebensgüter, von denen der Einzelmensch weitgehend abgeschnitten ist⁷¹⁾, letztlich verantwortlich bleibt. Diese Verantwortung besteht auch

66) S t e r n: a.a.O. S.132

67) vgl. die Gemeindeordnungen von Bayern und Nordrhein-Westfalen. Die Geltung des Subsidiaritätsprinzips im Gemeindewirtschaftsrecht ist unbestritten.

68) Siehe oben S.34

69) So übereinstimmend die genannten Autoren mit der gesamten Lehre. Die Gemeinde hat keine unternehmerische Aufgaben zu erfüllen. vgl.: K ö t t g e n: a.a.O.

70) vgl. S t e r n: a.a.O. und statt vieler: P a g e n - k o p f: a.a.O. S.81

71) F o r s t h o f f: Die Verwaltung als Leistungsträger; Rechtsfragen der leistenden Verwaltung; Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. In den genannten Schriften hat Forsthoff diese Aufgaben moderner Verwaltung immer wieder herausgestellt.

dann weiter, wenn diese Leistungen von Privaten erbracht werden; denn diese sind dem Gemeinwohl nicht in dem Maße verpflichtet wie die Gemeinde und tragen deshalb nicht die gleiche Verantwortung.⁷²⁾ Die Gemeinde muß deshalb, um ihrer Verantwortung zu genügen, diese elementarsten Lebensgüter sicherstellen. Sie muß, um diesen schon zu einem Schlagwort gewordenen Begriff F o r s t h o f f s zu gebrauchen, "Daseinsvorsorge" betreiben, indem sie selbst wirtschaftet und ihre Verpflichtung zur Daseinsvorsorge als Auftrag an Private weitergibt. Die Beachtung ihrer örtlichen Beschränkung und ihrer Leistungsfähigkeit ist dabei geradezu als selbstverständlicher Rechtsgrundsatz anzusehen, der sogar im Grundgesetz (Artikel 28 Abs.2) zum Ausdruck gekommen ist.

Die Rechtsform der Wirtschaftsbetätigung tritt in ihrer Bedeutung weit hinter die Sache des öffentlichen Zweckes zurück. Es kann jeweils die Rechtsform Anwendung finden, welche die beste und sachgemäße Lösung der wirtschaftlichen Gemeindeaufgaben gewährleistet. Daß dabei dem öffentlichen Recht zunächst einmal der Vorzug zu geben ist, versteht sich bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch eine öffentliche Institution in einem Staat, der so sehr rechts- und Gesetzesstaat ist wie die Bundesrepublik, von selbst.

72) Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen und im "Energiewirtschaftsgesetz" vom 13.12.1935 RGBl. I S.1451 die Elektrizitäts- und Gasversorgung unter Staatsaufsicht gestellt.

IV. B e i s p i e l e p r i v a t r e c h t - l i c h e r w i r t s c h a f t l i c h e r G e m e i n d e b e t ä t i g u n g u n d i h r e B e u r t e i l u n g .

1. Eigenbetriebe, Eigengesellschaften, Beteiligungen
und gemischtwirtschaftliche Unternehmen in ausge-
suchten Gemeinden Baden - Württembergs.

Die strengen Voraussetzungen einer privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung, insbesondere der Unternehmensgründung und -beteiligung, haben die Gemeinden nicht gehindert, zahlreiche privatrechtliche wirtschaftliche Unternehmen zu gründen oder sich an solchen zu beteiligen. Das sollen als Anschauungsgrundlagen für die angestellten Rechtsbetrachtungen einige Beispiele zeigen, Es handelt sich dabei um 4 Gemeinden Baden - Württembergs, die als repräsentativ angesehen werden können.

Stadt M a n n h e i m: ca. 350 000 Einwohner, Industrie- und Verkehrszentrum mit Binnenhafen, reiches kulturelles Leben, Mittelpunkt eines Ballungsraumes.

A. Eigenbetriebe:

1. Stadtwerke: a) Verkehrsbetriebe (Straßenbahn und Omnibus)
b) Gas-, Wasser- und Elektrizitätsbetriebe (nur Verteilung)

B. Beteiligungen:

a) Eigengesellschaften:

1. Gas- und Wasserwerke Rhein - Neckar AG
2. Gemeinnützige Baugesellschaft Mannheim m.b.H.
3. Gemeinnützige Gesellschaft für Trümmerbeseitigung und -verwertung Mannheim m.b.H.

4. Großmarkt Mannheim G.m.b.H.

b) Privatrechtliche wirtschaftliche Unternehmen, die zusammen mit anderen Gemeinden betrieben werden:

1. Oberrheinische Eisenbahngesellschaft Mannheim AG.
2. Rhein - Haardtbahn - Gesellschaft m.b.H.
3. Gasversorgung Süddeutschland G.m.b.H.
4. Verband zur Bekämpfung der Tuberkulose in Nordbaden G.m.b.H.

c) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen¹⁾:

1. Großkraftwerk Mannheim AG.
2. Mannheimer Bautreuhand-Gesellschaft m.b.H.
3. Mannheimer Stadtreklame G.m.b.H.
4. Mannheimer Milchzentrale AG
5. Autohof Mannheim G.m.b.H.
6. Neckar AG
7. Rheinfähre Altrip G.m.b.H.
8. Bad. Pfälz. Flugbetriebs - AG
9. Verkehrsverein Mannheim e.V.
10. Bad. Landsiedlungsgesellschaft m.b.H.
11. Studentenwohnheim der Stadt Mannheim G.m.b.H.
12. Aufbauförderungsgemeinschaft Mannheim e.V.
13. Betreuungsstelle Mannheim Gemeinnützige G.m.b.H.
14. Krankenhaus Speyerer Hof G.m.b.H.
15. Tbc - Krankenhaus Rohrbach G.m.b.H.
16. Stadtjugendring e.V.

Stadt Freiburg i. Brsg.: ca. 150 000 Einwohner, Universitätsstadt, Kultur-, Verwaltungs- und Einkaufszentrum, beginnende Industrialisierung, Fremdenverkehr.

Als Regiebetriebe werden betrieben:

der Stadtwald, die Stadtsäge und ein Sarglager.

A. Eigenbetriebe:

1. Stadtwerke (Gas-, Wasser und Elektrizitätsbetriebe und Verkehrsbetriebe).

B. Beteiligungen:

a) Eigengesellschaften:

1. Schauinslandbahn G.m.b.H.
2. Siedlungsgesellschaft Freiburg m.b.H.

b) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen:

1. Gasfernversorgung Oberbaden G.m.b.H.
2. Freiburger Stadthallen- und Ausstellungsgesellschaft m.b.H.
3. Freiburger Wohnungsbau AG (FreiwAG)
4. Breisgau Milchzentrale G.m.b.H.
5. Rheinuerschlaggesellschaft m.b.H. Breisach
6. Schwarzwaldreisebüro G.m.b.H.

Stadt O f f e n b u r g: ca. 30 000 Einwohner, große Kreisstadt, regionales Industrie- und Handelszentrum, Verkehrsknotenpunkt.

A. Regelmäßig werden betrieben:

1. Je ein Forst- und ein Rebgut
2. die Oberrheinhalle
3. die Oberrheinmesse

B. Eigenbetriebe:

Gas- und Wasserwerk

C. Beteiligungen:

a) Eigengesellschaften:

Offenburger Wohnungsbaugesellschaft m.b.H.

b) Privatrechtliche wirtschaftliche Unternehmen, die zusammen mit anderen Gemeinden betrieben werden:

1. Elektrizitätswerk Mittelbaden AG
2. Gasfernversorgung Mittelbaden G.m.b.H.
3. Gasversorgung Süddeutschland G.m.b.H.

Gemeinde H i n t e r z a r t e n: ca. 2 000 Einwohner, Kurort, Land- und Forstwirtschaft

A. Regelmäßig werden betrieben:

1. die Wasser- und Elektrizitätsversorgung
2. die Verpachtung von Liegenschaften
3. ein Kurhaus
4. Waldbewirtschaftung²⁾

B. Beteiligungen:

- a) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen:
Skilift G.m.b.H.

1) Hierzuggehören auch solche Unternehmen, bei denen die Alleinbeteiligung der Stadt nicht feststellbar, aber möglich ist, weiter solche, bei denen über die anderen Beteiligten keine Klarheit erzielt werden konnte.

2) Die Bewirtschaftung der Gemeindewaldungen ist im übrigen in der Badischen Gemeindewaldwirtschaftsordnung geregelt, die noch aus dem Jahre 1915 stammt.

2. Einzeluntersuchung der praktischen Gestaltung unter rechtlichen Gesichtspunkten.

Was waren die Gründe für diese umfangreiche privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden?

Wie ist sie mit den strengen Anforderungen des Gemeindegewirtschaftsrechts vereinbar, und wie werden die spezifisch öffentlichen Interessen, die diesen Betätigungen zugrunde liegen, gewahrt?

Bei der Feststellung der Gründe für eine solche gemeindliche Betätigung muß danach unterschieden werden, ob es sich um gemischtwirtschaftliche Unternehmen, Eigengesellschaften oder um Unternehmen, an denen mehrere Gemeinden, aber keine Privaten beteiligt sind, handelt.

a) Gemischtwirtschaftliche Unternehmen.

Gemischtwirtschaftliche Unternehmen können naturgemäß nur als privatrechtliche Gesellschaften betrieben werden. Das Zusammengehen einer Gemeinde mit einem privaten Unternehmen kann nur in Privatrechtsform erfolgen und erfordert deshalb die rechtlich selbständige Handelsgesellschaft. Es bleibt nur die Frage offen, warum die Gemeinden sich überhaupt an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligen. Da sie sich nur im Rahmen des §87 der Gemeindeordnung von Baden - Württemberg an Wirtschaftsunternehmen beteiligen dürfen, also nur dann, wenn der öffentliche Zweck nur durch gemeindeeigene Wirtschaftsunternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann, muß der Grund schon in dieser besseren

und wirtschaftlicheren Erfüllung liegen, wenn die Beteiligung den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen soll. In der kommunalwissenschaftlichen Literatur werden zwar immer wieder die Befahren und Nachteile der gemischtwirtschaftlichen Unternehmung gegenüber dem Eigenbetrieb und der Eigengesellschaft aufgezeigt³⁾, nicht dagegen die Gründe, die die Gemeinden veranlassen, sich an solchen Unternehmen zu beteiligen.

Geht man dieser Frage nach, so muß man feststellen, daß diese Gründe zahlreich sind: Einer Stadt fehlte das Kapital, um ein Energieversorgungsunternehmen aus eigener Kraft zu errichten; Nachbarstädte hatten keinen Bedarf. Deshalb schloß sie sich mit privaten Kapitalgebern zusammen. - Eine andere Stadt wollte die Versorgung der Bevölkerung mit Energie sicherstellen; der zu geringe Bedarf erlaubte nicht den Bau eines Kraftwerkes in der technisch erforderlichen Mindestgröße. Ein im Bau befindliches Industriewerk in der näheren Umgebung wollte nur dann Elektrizität von dem neuen Werk beziehen, wenn es sich an diesem auch beteiligen konnte. - In einem anderen Falle wollte die Stadt Einfluß auf privates Energieversorgungsunternehmen gewinnen; deshalb kaufte sie nach und nach Aktien dieses Unternehmens auf. - Eine Raffinerie wollte zur Sicherung des Absatzes ihres als Nebenprodukt anfallenden Raffineriegases an das öffentliche Versorgungsnetz einer Stadt an dem städtischen Gaswerk betei-

3) siehe oben S.58 f. und: Peter van Aubel: Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung. in Peters: Hdb., Bd. III, S.877 ff.

liegt werden. Die Stadt wandelte ihr als Eigenbetrieb geführtes Gaswerk in eine handelsrechtliche Gesellschaft um und beteiligte die Raffinerie daran im Austausch gegen eine Beteiligung ihrerseits an der Raffinerie, um sich einen Einfluß auf die wirtschaftsführung und Preisgestaltung der Raffinerie zu sichern. - Eine große Stadt sichert sich durch Beteiligung an der örtlichen Reklame einen Einfluß auf das Ausmaß der Reklame im Straßenbild. - Eine andere Stadt nahm durch eine Beteiligung an einem Fremdenverkehrsverein bzw. Reisebüro einen Einfluß auf den für die Stadt wichtigen Fremdenverkehr. - Ein Kurort in einem Wintersportgebiet ermöglichte durch seine Beteiligung an einer Skilift-Gesellschaft den Bau eines Skiliftes an einem in Privatbesitz befindlichen geeigneten Berghang. - Eine Stadt ermöglichte sich durch die Gründung einer Großmarkt-Gesellschaft zusammen mit Gemüsegroßhändlern den Bau und Betrieb einer Großmarkthalle. - Eine andere Stadt betrieb eine große Mehrzweckhalle. Um für die Leitung dieser Halle einen erfahrenen Veranstaltungs- und Ausstellungsfachmann zu gewinnen, gründete sie mit einem dafür geeigneten und interessierten Privatmann gemeinsam eine Gesellschaft zum Betrieb der Halle. - Eine im Krieg stark zerstörte Stadt gründete zusammen mit örtlichen Bauunternehmern eine Wohnungsbaugesellschaft, um sich deren Mitarbeit bei der Erstellung von Sozialwohnungen zu sichern.

Diese Reihe von Beispielen⁴⁾ könnte beliebig fortgesetzt werden. Sie zeigt, daß es die verschiedensten Gründe sind, die die Gemeinden zu Beteiligungen an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen veranlassen. Man kann diese Gründe nicht systematisch erfassen. Jedes Unternehmen und jede Beteiligung haben ihre eigene Geschichte. Zwei Gründe aber haben alle genannten Beispiele gemeinsam: Immer verfolgten die Gemeinden mit ihren Beteiligungen einen öffentlichen Zweck, gerichtet auf das Gemeinwohl aller Bürger. In diesen Fällen hatten die Gemeinden nicht die Möglichkeit, selbständig tätig zu werden und den verfolgten Zweck ohne private Beteiligung zu erreichen, um ihren Aufgaben gerecht zu werden, blieb ihnen nur ein Zusammengehen mit Privaten in gemischtwirtschaftlichen Unternehmen. Gleichzeitig wurden, manchmal auch unbeabsichtigt, die Kräfte des privaten Unternehmers für den öffentlichen Zweck der Gemeinden nutzbar gemacht.

In der Beteiligung des privaten Unternehmers und Kapitals liegen die auch in der Literatur immer wieder hervorgehobenen Nachteile des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens. Dem Prinzip der Vorrangigkeit vor jedem Gewinnstreben wichtigen Erfüllung des öffentlichen Zweckes durch das Unternehmen steht das erwerbswirtschaftliche

4) Diese Beispiele über das Zustandekommen von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen wurden dem Verfasser von den Herren der jeweiligen Gemeindeverwaltung, die mit der Verwaltung der Beteiligungen betraut waren, berichtet mit der Bitte, sie ohne namentliche Nennung zu verwerthen.

Prinzip der Gewinnmaximierung gegenüber.⁵⁾ Beide müssen zu einem Ausgleich gebracht werden. Wie das in der Praxis geschieht, zeigen die folgenden Bestimmungen in den Gesellschaftsverträgen von gemischtwirtschaftlichen Unternehmen:

§2 Abs.3 der Satzung der "Großkraftwerk Mannheim AG":

Die Gesellschaft verpflichtet sich, den in ihrem Großkraftwerk erzeugten und den von anderen Werken bezogenen Strom, den Stammaktionären zu den Selbstkosten zu überlassen. Zu den Selbstkosten gehören die Gewinnanteile auf Aktien.

§27 derselben Satzung:

Die Stammaktien erhalten aus dem verfügbaren Reingewinn einen Gewinnanteil von höchstens 6 %.

§19 des Gesellschaftsvertrages der "Mannheimer Bautreuhand G.m.b.H.":

Von dem nach Abzug der Zuweisungen an die Rücklagen verbleibenden Reingewinn erhalten die Gesellschafter unter Berücksichtigung der Vorschriften des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes einen Gewinnanteil von höchstens jährlich 4 v.H. ihrer Einzahlungen auf die Stammeinlagen.

Sonstige Vermögensvorteile, die nicht als angemessene Gegenleistung für besondere geldwerte Leistungen anzusehen sind, dürfen den Gesellschaftern nicht zugewendet werden.

§23 desselben Vertrages:

Bei Auflösung der Gesellschaft erhalten die Gesell-

5) vgl. dazu van A u b e l: Die gemischtwirtschaftliche Unternehmung. a.a.O. S.877 ff.

schafter nach Befriedigung sämtlicher Gläubiger unter Berücksichtigung der Vorschriften des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes nicht mehr als ihre eingezahlten Einlagen ausgezahlt.

Ein etwa verbleibender Rest des Gesellschaftsvermögens ist ausschließlich für den in §2 dieses Vertrages bezeichneten gemeinnützigen Zweck zu verwenden.

Ähnliche Bestimmungen finden sich in den meisten Gesellschaftsverträgen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen. Ein so maßvolles Gewinnstreben, wie es in diesen Bestimmungen zum Ausdruck kommt, ist mit dem verfolgten öffentlichen Zweck durchaus vereinbar. Es entspricht dem §85 Abs.2 GO, wonach wirtschaftliche Unternehmen einen Ertrag für den Haushalt der Gemeinde abwerfen sollen. Darüberhinaus fördert dieses Gewinnstreben eine wirtschaftliche weil kostendeckende Geschäftsführung, die bei gemeindlichen Eigenbetrieben und Eigengesellschaften nicht immer gesichert erscheint. Als weiterer Nachteil des gemischtwirtschaftlichen Unternehmens wird angesehen, daß in ihm der öffentliche Einfluß nicht ausreichend sichergestellt werden könne; die bei jedem rechtlich selbständigen Unternehmen drohende Verselbstständigung und Lösung von den öffentlichen Aufgaben der Gemeinden sei bei gemischtwirtschaftlichen Unternehmen besonders gegeben.⁶⁾ Diese Bedenken sind in der Tat begründet, insbesondere dann, wenn eine Gemeinde nur eine Minderheitsbeteiligung an einem Unternehmen innehat.

6) B r ü g e l m a n n - L u d w i g: Kommunale Versorgungswirtschaft. a.a.O. S.677

Sie können jedoch weitgehend durch eine entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsverträge und Satzungen beseitigt werden. So werden die Beteiligungsverhältnisse an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen gegen Änderungen, die für die Gemeinden bzw. den von ihnen mit der Beteiligung verfolgten Zweck ungünstig sein könnten, durch Veräußerungsklauseln wie etwa die nachfolgenden gesichert:

§3 des Gesellschaftsvertrages der "Mannheimer Stadtreklame G.m.b.H.":

Zur Veräußerung von Geschäftsanteilen ist die vorherige Zustimmung der Gesellschaft erforderlich.

§§5 und 6 der Satzung der "Großkraftwerk Mannheim AG":

Die Stammaktien lauten auf den Namen der Aktionäre.⁷⁾ Die Übertragung der Stammaktien bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung.

§5 des Gesellschaftsvertrages der "Mannheimer Bautreuhand G.m.b.H.":

Die Abtretung von Geschäftsanteilen oder Teilen eines Geschäftsanteils sowie der Beitritt neuer Gesellschafter bei Erhöhung des Stammkapitals bedürfen der Zustimmung der Gesellschafterversammlung und des Aufsichtsrates.

§§ 8 und 9 des Gesellschaftsvertrages der "Freiburger Stadthallen- und Ausstellungs- G.m.b.H.":

Zur Änderung des Gesellschaftsvertrages sind 75%

7) §§ 10 und 61, 62 Aktiengesetz. Die Übertragung erfolgt durch Indossament (§61 Abs.2) und ist im Aktienbuch zu vermerken (§62).

der abgegebenen Stimmen erforderlich.
Geschäftsanteile können nur mit Genehmigung der Gesellschaft übertragen werden.

§ 3 und 5 des Gesellschaftsvertrages der "Breisgau-Milchzentrale G.m.b.H.":

Die Gesellschafter haben auf Verlangen der Stadt Freiburg die Hälfte ihrer Geschäftsanteile an diese abzutreten.

Zur Veräußerung von Geschäftsanteilen bedarf es der Zustimmung der Gesellschaft.

Neben dieser Sicherung der Beteiligungsverhältnisse wurde der Einfluß der Gemeinden in einzelnen gemischt-wirtschaftlichen Unternehmen durch die Gesellschaftsverträge über das im Handelsrecht⁸⁾ begründete Maß hinaus sichergestellt, wie aus den folgenden Bestimmungen hervorgeht:

§10 des Gesellschaftsvertrages der "Rheinumschlag-Gesellschaft m.b.H. Breisach":

Beschlüsse der Gesellschafterversammlung bedürfen einer 3/4 Mehrheit.

§13 des Gesellschaftsvertrages der "Breisgau-Milchzentrale G.m.b.H.":

Zu folgenden Geschäften der Gesellschaft ist die Zustimmung des Stadtrates der Stadt Freiburg erforderlich:

§16 Abs.2 des Gesellschaftsvertrages der "Mannheimer Bautreuhand G.m.b.H.":

Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung über die Auflösung der Gesellschaft, Änderung des Gesellschaftsvertrages und Erhöhung des Stammkapitals

8) G.m.b.H.- und Aktien-Gesetz

müssen mit drei Viertel Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefaßt werden.

In weiteren Fällen wurde die Besetzung der Organe der Unternehmen vertraglich geregelt. Dabei ließen sich die Gemeinden ein besonderes Entsendungsrecht⁹⁾ für den Aufsichtsrat einer Gesellschaft vertraglich sichern:

§6 des Gesellschaftsvertrages der "Mannheimer Stadtreklame G.m.b.H.":

Die Gesellschaft hat einen Aufsichtsrat. Er besteht aus sieben Mitgliedern. Dem Aufsichtsrat gehören an:

1. Der Oberbürgermeister der Stadt Mannheim, Vorsitzender,
2. der durch den Oberbürgermeister zu bestimmende städtische Sachbearbeiter,
3. fünf vom Stadtrat der Stadt Mannheim zu bestellende Mitglieder.

§7 des Gesellschaftsvertrages der "Betreuungsstelle Mannheim G.m.b.H.":

Der Aufsichtsrat besteht aus sieben Mitgliedern, die vom Stadtrat der Stadt Mannheim zu ernennen sind. Die Ernennung kann vom Stadtrat widerrufen werden.

Solche Sicherungen der öffentlichen Interessen in den Gesellschaftsverträgen gemischtwirtschaftlicher Unternehmen finden sich allerdings nicht immer. Selbst bei Unternehmen, die für das Gemeinwohl von größter Wichtigkeit sind, fehlen sie gelegentlich. So finden sich in der Satzung der "Großkraftwerk Mannheim AG" keine die besonderen Interessen der beteiligten Gemeinde

9)entsprechend §88 GO für Ba. - Wi. und §88 Aktien-Ges.

schützenden Bestimmungen in Bezug auf Satzungsänderungen, erforderliche Mehrheiten bei wichtigen Beschlüssen der Hauptversammlung und Einflußmöglichkeiten auf die Geschäftsführung, Hier scheint ein Fall vorzuliegen, bei dem die gegen gemischtwirtschaftliche Unternehmen geltend gemachten Bedenken¹⁰⁾ gerechtfertigt sind¹¹⁾, soweit sie sich auf den mangelnden Einfluß der Gemeinden auf solche Unternehmen beziehen.

Deshalb jedoch gemischtwirtschaftliche Unternehmen völlig abzulehnen, weil sie nicht unmittelbar den zwingenden öffentlich-rechtlichen Bestimmungen des Gemeindefirtschaftsrechts unterliegen, würde über das Ziel der Sicherung des öffentlichen Zweckes bei gemeindlichen Beteiligungen hinausschießen. Die aufgezeigten Vorteile der gemischtwirtschaftlichen Unternehmen würden damit zu gering bewertet und die Nachteile ohne Not überbewertet, Diese Nachteile lassen sich bei der Vertragsfreiheit und dem Formenreichtum des Privatrechts durch entsprechende Gestaltung der Gesellschaftsverträge und Satzungen vermeiden. Der öffentliche Zweck und die Belange der Gemeinden können leicht bei Vertragsschluß berücksichtigt werden, wie dies an den oben angeführten Beispielen gezeigt wurde und wie es auch bei vielen

10) siehe oben S. 58f., 67 und 69

11) Tatsächlich wurden im Gespräch mit den Vertretern der betreffenden Stadt dem Verfasser gegenüber das Bedauern darüber geäußert, daß die Stadt auf dieses Werk nicht den erforderlichen und im Interesse des öffentlichen Wohls notwendigen großen Einfluß habe, wie das in so idealer Weise bei dem als Eigengesellschaft der Stadt betriebenen großen Versorgungsunternehmen, der "Rhein-Neckar AG" der Fall sei.

anderen gemischtwirtschaftlichen Unternehmen geschehen ist. Eine besonders günstige Form für gemischtwirtschaftliche Unternehmen, in denen auf der einen Seite privates Kapital mitwirken soll ohne großen Einfluß auszuüben und auf der anderen Seite der öffentliche Einfluß auch ohne eine große Kapitalbeteiligung der öffentlichen Hand bestimmend sein soll, ist die Aktiengesellschaft mit Mehrstimmrechtsaktien gemäß §12 Aktiengesetz.¹²⁾ Eine andere Möglichkeit bietet das Aktienrecht in der Vorzugsaktie nach §115 Aktiengesetz.¹³⁾

b) Gemeindeeigene Unternehmen.

Ist bei den gemischtwirtschaftlichen Unternehmen die Privatrechtsform als einzig mögliche Unternehmensform vorgegeben, so gibt es für gemeindeeigene Unternehmen die öffentlich-rechtliche Form des Eigenbetriebes¹⁴⁾ und die privatrechtlich organisierte Eigengesellschaft. Gemäß §1 des genannten Eigenbetriebsgesetzes sind die wirtschaftlichen Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit von den Gemeinden mit mehr als 10 000 Einwohnern als Eigenbetriebe zu führen. Betrachtet man diese Vorschrift zusammen mit §87 Abs. GO von Baden - Württemberg, der die Beteiligung von Gemeinden an Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit nur unter den bereits

12) Nach diesem Muster ist das größte deutsche Energieerzeugungs- und Versorgungsunternehmen RWE organisiert.

13) Die Vorzugsaktie gibt dem Inhaber kein Stimmrecht in der Hauptversammlung, garantiert ihm aber eine bestimmte Dividende.

14) z.B. in Baden-Württemberg das Gesetz über die Eigenbetriebe der Gemeinden (Eigenbetriebsgesetz) vom 19.7.1962 (Ges.Bl. S.67).

behandelten Einschränkungen¹⁵⁾ zuläßt, so kommt man zu dem Ergebnis, daß der Eigenbetrieb die Regelform des gemeindlichen Wirtschaftsunternehmens sein soll, die Eigengesellschaft des privaten Rechts dagegen die Ausnahme.

Ein Blick auf die oben angeführten Beispiele¹⁶⁾ zeigt nun aber, daß insbesondere in größeren Städten Zahl und Bedeutung der Eigengesellschaft dieses Regel - Ausnahme verhältnis geradezu umkehren. Das deutet darauf hin, daß ganz besondere Gründe vorliegen, welche die größeren Städte veranlassen, ihre Wirtschaftsunternehmen in einer vom Gesetzgeber grundsätzlich nicht gewünschten Rechtsform zu betreiben.

Für die zahlreichen Wohnungsbauunternehmen beantwortet sich diese Frage aus §2 Abs.1 des Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetzes, der lautet:¹⁷⁾

Das Wohnungsunternehmen muß eine juristische Person sein.

Das ist nur durch die Privatrechtsform zu erreichen, da eine öffentlich-rechtliche Unternehmensform mit eigener Rechtspersönlichkeit im Gemeinderecht nicht vorgesehen ist.¹⁸⁾ Die gemeinnützigen Wohnungsunternehmen haben im übrigen im Gesamtbereich der öffentlichen Wirtschaft

15) siehe oben S.53 ff.

16) siehe oben S.62 ff.

17) Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen - Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz - (WGG) i.d. Fassung vom 29.2.1940 (RGBl. I S.438, geändert durch Gesetz vom 27.6.1956, BGBl. I S.523) (Nr. 2330-8 des BGBl.III),

18) mit Ausnahme des Zweckverbandes, der weiter unten behandelt werden soll.

eine Sonderstellung. Auf sie finden gemäß §27 WGG die Vorschriften der dritten Verordnung des Reichspräsidenten zur Sicherung von Wirtschaft und Finanzen¹⁹⁾ über die Prüfungspflicht der Wirtschaftsbetriebe der öffentlichen Hand keine Anwendung. Gemeinnützige Wohnungsunternehmen können unter der Voraussetzung, daß die öffentliche Hand maßgeblich an ihnen beteiligt ist, als Organe der staatlichen Wohnungspolitik anerkannt werden (§28 Abs.1 WGG). Es liegt hier also eine im Gesetz vorgesehene Erfüllung öffentlicher Aufgaben in privatrechtlicher Form vor. Zur Sicherung dieser Erfüllung schreibt der Gesetzgeber in der Durchführungsverordnung zum WGG den Inhalt der Gesellschaftsverträge in wichtigen Punkten vor.²⁰⁾ Neben diesem durch das WGG gegebenen Rechtsgrund für die privatrechtliche Gestaltung gemeindlicher Unternehmen sind andere Gründe mehr praktischer Art. So läßt sich die Eigengesellschaft der Gemeinde durch eine Beteiligung Privater zu einem gemischtwirtschaftlichen Unternehmen umgestalten, ohne

19) vom 6. 10. 1931 (RGBl. I: 537, 562), 5. Teil Kap. VIII

20) VO zur Durchführung des Gesetzes über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen in der Fassung vom 25. 4. 1957. §3 Abs. 3, 4, 5: Die Mitglieder oder Gesellschafter eines Unternehmens bestehen überwiegend aus Angehörigen des Baugewerbes, wenn diese über mehr als die Hälfte der Stimmen verfügen. Im Vorstand und im Aufsichtsorgan dürfen höchstens je 1/3 der Stimmen Angehörigen des Baugewerbes zustehen. Ist das Wohnungsunternehmen eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien, so müssen die Aktien auf den Namen lauten. Die Umwandlung dieser Aktien in Inhaberaktien muß im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen sein. Die Übertragung von Aktien und die Abtretung von Geschäftsanteilen muß im Gesellschaftsvertrag von der Zustimmung des Aufsichtsorgans abhängig gemacht werden.

daß es dazu eines komplizierten Umgründungsverfahrens bedarf. Daß solche Möglichkeiten von den Gemeinden bereits bei der Gründung ihrer Eigengesellschaften ins Auge gefaßt worden sind, zeigen die folgenden Bestimmungen aus Satzungen und Gesellschaftsverträgen von Eigengesellschaften:

§6 Abs.3 der Satzung der "Rhein - Neckar AG":

Die Übertragung oder Verpfändung von Aktien ist nur mit Genehmigung der Gesellschaft zulässig.

§5 des Gesellschaftsvertrages der "Großmarkt Mannheim G.m.b.H.":

Die Übertragung von Geschäftsanteilen oder von Teilen von Geschäftsanteilen bedarf zu ihrer Gültigkeit der vorherigen Zustimmung der Gesellschafterversammlung.

Ähnliche Bestimmungen finden sich in vielen Gesellschaftsverträgen. Die Gemeinden wollen die Möglichkeit der Beteiligung anderer, vor allem Privater, sich dadurch offenhalten und sichern sich lediglich auch für diesen Fall ihre Einflußmöglichkeit.²¹⁾ Dies ist wiederum nur durch die privatrechtliche Gestaltung der Unternehmen möglich.

Als Hauptgrund für die Wahl der Privatrechtsform für gemeindliche Wirtschaftsunternehmen, soweit die Eigengesellschaften sind, wird in der Literatur²²⁾ immer wieder genannt, daß die Unternehmen auf diese Weise

21) siehe oben S.72 f.

22) Aus der umfangreichen Literatur sind bes. zu erwähnen:
Z e i ß: Kommun. Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik. a.a.O. S.611, 645
G ö n n e n w e i n: Gemeinderecht. S.486

selbständige Rechtspersönlichkeit werden, was sie als Eigenbetriebe nicht sind.²³⁾ Sie erlangen damit eine größere kaufmännische Beweglichkeit und vor allem eine eigene Kreditwürdigkeit, losgelöst von den strengen Bindungen des Gemeinderechts. Die privatrechtlichen Gesellschaften haben sich nach Meinung der meisten Autoren²²⁾ wegen ihrer Wendigkeit und Unabhängigkeit als der Privatwirtschaft ebenbürtige Partner im Wirtschaftsleben durchgesetzt. Daneben wird die Flucht vor der Staatsaufsicht und vor den oben bereits behandelten strengen Grundsätzen des Gemeindewirtschafts- und Gemeindehaushaltsrechts als wesentlicher Grund für die privatrechtliche Gestaltung der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen angesehen.²²⁾

Betrachtet man nun die oben²⁴⁾ genannten Beispiele privatrechtlich gestalteter Wirtschaftsunternehmen der Gemeinden, insbesondere die Eigengesellschaften, so zeigt

P a g e n k o p f: Einführung in die Kommunalwissenschaft. S.124

B a l l e r s t e d t: Zur Frage der Rechtsform gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen. DÖV 51/449 f.

Walter G e r b e r: Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form. Zürich 1928: Der Verfasser hat die Vorteile privatrechtlicher Organisationsformen gegenüber öffentlich-rechtlichen Formen untersucht. Er zählt in seiner Zusammenfassung folgende auf: 1. im Verhältnis zur Öffentlichkeit: Keine Roderung, die an das Wirtschaftssubjekt Staat gestellt würden, behelligen sie; freiere Wirtschaftsführung in jeder Hinsicht, vermögensdisposition und Kreditfähigkeit.

2. im Verhältnis zur Verwaltung: a) privatrechtliche Autonomie; b) Verselbständigung der Geschäftsleitung; c) privatrechtliche Autonomie der Betriebswirtschaft: kaufmännische Rechnungs- und Betriebsführung, privatrechtliche Anstellung aller Arbeiter und Angestellten.

23) §1 Abs.1 des Eigenbetriebsgesetzes für Ba.-Wü. v. 12.7.62 (Ges.Bl. S.67). Ebenso §1 EigenbetriebsVO (Reich).

24) siehe oben S.62 ff.

sich, daß größere Gemeinden, wie Mannheim, mit umfangreichen wirtschaftlichen Aufgaben diese häufiger mit Hilfe privatrechtlich organisierter Unternehmen durchführen als das bei kleineren Gemeinden der Fall ist. Die letzteren betreiben ihre wirtschaftlichen Unternehmen zum Teil sogar noch als Regiebetriebe.²⁵⁾ Der Grund dafür ist, daß erst von einer gewissen Größe an die Errichtung eines rechtlich selbständigen Unternehmens mit eigener Verwaltung zweckmäßig erscheint. Privatrechtlich gestaltete Wirtschaftsunternehmen findet man hauptsächlich dort, wo große Investitionen erforderlich sind und wo Wirtschaftsgüter und wirtschaftliche Leistungen in enger Zusammenarbeit und zum Teil auch in Konkurrenz mit der übrigen, insbesondere der privaten Wirtschaft erbracht werden.²⁶⁾ So befassen sich diese Unternehmen vielfach mit der Erzeugung und dem Ankauf von Energie oder erbringen Verkehrsleistungen. Dagegen verteilen sie ihre Energien nicht an den Endverbraucher.²⁷⁾ Vielmehr liefern sie an besondere meist öffentlich-rechtlich als Eigen- oder Regiebetriebe organisierte Verteilerbetriebe, wie es die Stadtwerke in Mannheim und Freiburg sind, die ihrerseits über ein eigenes Verteilernetz den Endverbraucher beliefern.

25) so die Stadt Offenburg und die Gemeinde Hinterzarten; §1 des Eigenbetriebsgesetzes schreibt vor, daß nur Gemeinden mit weniger als 10 000 Einwohnern ihre Unternehmen als Regiebetriebe führen dürfen.

26) So ist der überwiegende Teil der Elektrizitätswerke - auch der kommunalen - privatrechtlich organisiert. Kleine Eigengesellschaften sind äußerst selten, in den untersuchten Gemeinden fanden sich keine.

27) Ausnahmen bilden die Großabnehmer.

Die Vorteile einer solchen Trennung sind folgende:

Das Verteilernetz steht im Eigentum der Gemeinden, die auch meistens die Wegeeigentümer sind und so die Versorgungsleitungen in ihrem eigenen Grund und Boden verlegen können. Die Gemeinden können so selbst ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungspflichten nachkommen, von denen sie sich nicht durch Abwälzen auf die privatrechtlich organisierten Versorgungsunternehmen entledigen können.²⁸⁾ Es ist ihnen möglich, ihre Bürger mit den Mitteln des Anschluß- und Benutzungszwanges (§ 11 GO), also öffentlich-rechtlichen Zwangsmaßnahmen, zur Benutzung und zur Abnahme der Versorgungsleistungen zu zwingen und sie daran zu hindern, ihren Bedarf anderweitig zu decken. Ferner kann das Benutzungsverhältnis öffentlich-rechtlich gestaltet werden, was sich schon wegen der großen Zahl der Endverbraucher empfiehlt. Zudem kann durch diese Form des Benutzungsverhältnisses das Entgelt für die bezogenen Leistungen als Gebühr ohne vorherigen Prozeß im Wege der Verwaltungsvollstreckung beigetrieben werden.²⁹⁾ Für die erzeugenden Unternehmen bietet sich die Chance, noch wirtschaftlicheren Arbeitens, da die hohen Verteilungskosten nicht entstehen.

28) vgl. K ö t t g e n: Gemeindl. Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmer initiative. Göttingen 1961, S.57
Karl H u r s t: Gemeindeeinrichtungen. in P e t e r s: Hdb., Bd. II S.833 ff., bes. 836 und 842.

29) vgl. das Gesetz über die Zwangsvollstreckung wegen öffentl.-rechtl. Geldforderungen vom 12.4.1899. Bad.Ges. Bl.S.111 und die VO über die Beitreibung und Sicherung v. Gemeindeaußenständen v. 14.7.1915, Bad.Ges.Bl. S.176.

Die bereits mehrfach genannte größere kaufmännische Beweglichkeit, Wendigkeit und Anpassungsfähigkeit privatrechtlich gestalteter gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen im Gegensatz zu öffentlich-rechtlich organisierten Unternehmen insbesondere gegenüber gemeindlichen Eigenbetrieben ergibt sich schon aus den gesetzlichen Regelungen beider Unternehmensformen, einerseits im Eigenbetriebsgesetz und andererseits im Aktien- und G.m.b.H.-Gesetz.

Die Aktiengesellschaft und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung sind selbständige Rechtspersonen;³⁰⁾ Der Eigenbetrieb ist als wirtschaftliches Unternehmen ohne eigene Rechtspersönlichkeit gestaltet.³¹⁾ Einer mit Privatautonomie ausgestatteten Handelsgesellschaft steht ein abhängiger Teil der Gemeindeverwaltung gegenüber, der lediglich als Sondervermögen ausgestaltet und mit gewissen eigenen Verwaltungsrechten versehen ist. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft leitet diese unter eigener Verantwortung und hat das Alleinvertretungsrecht.³²⁾ Die Geschäftsführer einer G.m.b.H. leiten diese nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrages.³³⁾ Demgegenüber steht der Werkleitung des Eigenbetriebes nur die laufende Geschäftsführung zu.³⁴⁾ Sie hat die Entscheidungen des Gemeinderates, des Werksausschusses und des Bürgermeisters lediglich zu vollziehen.³⁵⁾ Die Vertre-

30) §1 Aktien-Gesetz und §13 G.m.b.H.-Gesetz

31) §1 EBG, ebenso schon §1 EigenbetriebsVO (Reich)

32) §§70, 71 Aktien-Gesetz

33) §§35 ff. G.m.b.H.-Gesetz

34) §4 EBG

35) §5 EBG

tungsbefugnis der Werksleitung ist ebenfalls auf die Geschäfte der laufenden Betriebsführung beschränkt.³⁶⁾ Der lediglich überwachenden Funktion des Aufsichtsrates einer AG, der ausdrücklich keine Geschäftsführungsmaßnahmen treffen kann³⁷⁾, stehen die umfangreichen Befugnisse der Bürgermeister und des Gemeinderates in der Geschäftsführung des Eigenbetriebes gegenüber.³⁸⁾ Schließlich verweist das Eigenbetriebsgesetz³⁹⁾ noch auf die Vorschriften der Gemeindeordnung und das sonstige Gemeinderecht, die auch für die Eigenbetriebe gelten. Ebenso verweisen die Bestimmungen des Eigenbetriebsgesetzes über die Wirtschaftsführung auf die haushaltsrechtlichen Vorschriften der Gemeindeordnung.⁴⁰⁾

Dieser Vergleich der rechtlichen Regelungen für den Eigenbetrieb einerseits und die Mandelsgesellschaften andererseits zeigt schon die größere Freiheit und Wendigkeit der privatrechtlich organisierten Unternehmen gegenüber dem Eigenbetrieb. In den Satzungen und Gesellschaftsverträgen der untersuchten Einrichtungen wird diese Freiheit der Geschäftsführung der privatrechtlichen Unternehmen jedoch wieder eingeschränkt, um den Einfluß der Gemeinden gegenüber den Führungsorganen der Gesellschaften zu sichern.⁴¹⁾ So sind besonders die Be-

36) §5 EBG.

37) §95 Aktiengesetz

38) §4 Abs.3 EBG und §§ 8 und 9 EBG

39) §§ 2 und 16 EBG

40) hierzu siehe unten S. f.

41) In Gesprächen mit dem Verfasser beklagten leitenden Herren kommun. Wirtschaftsunternehmen über den zu großen Einfluß der Repräsentanten der Gemeinden, insbes. des Gemeinderates auf die Wirtschaftsführung und die personelle Besetzung der Unternehmen. Die Unternehmen

fugnisse der Geschäftsführungen, meist in Anlehnung an das Eigenbetriebsrecht, beschränkt, wie die folgenden Vertragsbestimmungen zeigen:

§12 Abs.4 der Satzung der "Rhein - Neckar AG":

Der Vorstand bedarf der vorherigen Zustimmung des Aufsichtsrates in folgenden Angelegenheiten:

...

4. Abschluß von Verträgen, die von besonderer Bedeutung für die Gesellschaft sind (z.B. langfristige Verträge über den Bezug und die Lieferung von Energie und Wasser),
5. Erwerb, Veräußerung, Verpachtung und Belastung von Grundstücken, Vornahme von Schenkungen, Hingabe von Darlehen, soweit es sich nicht um Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung handelt,
6. Errichtung von Neuanlagen oder Änderungen bestehender Anlagen der Gesellschaft sofern es sich nicht...,
7. Führung eines Rechtsstreites und Abschluß eines Vergleiches, soweit der Gegenstand nicht eine Angelegenheit ...,
8. Bestellung und Abberufung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten, sowie Festlegung ihrer Anstellungsbedingungen,
9. Beteiligung an anderen Unternehmen,
10. Aufnahme von Darlehen, Übernahme von Bürgschaften, Abschluß von Garantieverträgen, Bestellung sonstiger Sicherheiten für andere sowie solche Rechtsgeschäfte, die den genannten wirtschaftlich gleichkommen.

seien dadurch in ihrer Entwicklung gehemmt. Die für jedes Wirtschaftsunternehmen technischer Art heute bestehenden Möglichkeiten, insbesondere der Ausweitung, könnten vielfach wegen der "Kleinlichkeit" der politischen Vertretungsorgane der Gemeinde nicht genutzt werden.

§ 12 Abs.6 derselben Satzung:

In Angelegenheiten, die keinen Aufschub dulden, ist die Einholung der Zustimmung des Vorsitzers des Aufsichtsrates ausreichend.

Gesellschaftsvertrag der "Gemeinnützigen Baugesellschaft Mannheim m.b.H.":

§ 8 Abs.3

Die Geschäftsführer haben die Geschäfte nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen und der Geschäftsanweisung zu führen.

§ 11

Der Aufsichtsrat

Zu seinen Befugnissen gehört ferner die Beschlußfassung über:

- b) die Geschäftsanweisung für die Geschäftsführer,
- f) die Verwendung aller etwa gebildeter Rücklagen,
- g) den Erwerb und die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken und Erbbaurechten, sowie die Vornahme von Bauten,
- h) die Errichtung von Zweigniederlassungen und die Beteiligung an anderen Unternehmen,
- i) der Abschluß von Pacht- und Mietverträgen, welche auf länger als fünf Jahre abgeschlossen werden,
- k) der Abschluß von Dienstverträgen, welche mit einer Vergütung von mehr als 15 000,--DM im Jahr verbunden sind,
- l) der Abschluß von Rechtsgeschäften überhaupt, durch welche die Gesellschaft mit mehr als 50 000,--DM verpflichtet oder belastet wird,

Ähnliche Bestimmungen findet man in den meisten Satzungen und Gesellschaftsverträgen gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen.

Diese gemeinderechtlich für die Zulässigkeit der privatrechtlich gestalteten Wirtschaftstätigkeit der Gemeinden sehr wichtigen Einschränkungen⁴²⁾ werden tatsächlich den Unternehmen nicht oder nur selten hinderlich, weil die leitenden und für die Beteiligungen der Gemeinden zuständigen Beamten häufig in Personalunion Vorstandsmitglieder der Unternehmen sind, Differenzen zwischen den Gemeinden und den Unternehmen bzw. ihren Geschäftsleitungen entstehen deshalb in der Praxis kaum.⁴³⁾

Der letzte und entscheidende Grund zur privatrechtlichen Gestaltung gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen lag bei den untersuchten Gemeinden darin, daß die Unternehmen dann nicht den haushalts- und finanzrechtlichen Bestimmungen des Gemeinderechts unterworfen sind. Vor allem die für Gemeindefinanzen verantwortlichen Beamten und die Vorstandsmitglieder privatrechtlicher Gemeindeunternehmen versicherten immer wieder, daß fast ausschließlich die strengen haushaltsrechtlichen Bestimmungen der Gemeindeordnung bei dem meist großen Kapitalbedarf der Wirtschaftsunternehmen die Gemeinden zwingen, diese Unternehmen in Privatrechtsform zu betreiben, da sonst die nötigen Investitionen für die Werke nicht aufgebracht werden könnten.

Nach §92 GO darf die Gemeinde Darlehen nur im Rahmen

42) siehe zu diesem Problem die folgenden Ausführungen,

43) Beispiele hierzu können nicht genannt werden, weil das der dem Verfasser von den auskunftgebenden Gemeinden auferlegten Zurückhaltung widersprechen würde.

des außerordentlichen Haushalts aufnehmen. Der Gesamtbetrag der Darlehen bedarf der Zustimmung der Rechtsaufsichtsbehörde. Diese erlischt mit dem Ablauf des Rechnungsjahres. Gemäß §93 GO dürfen Darlehen nur für einen außerordentlichen und dringenden Bedarf aufgenommen werden, wenn eine anderweitige Deckung wirtschaftlich nicht zweckmäßig ist und die durch seine Verwendung entstehenden fortlaufenden Ausgaben mit der dauernden Leistungsfähigkeit der Gemeinde vereinbar sind oder ihre Erfüllung anderweitig gesichert ist. Darüber hinaus bedarf nach §94 GO die Gemeinde zur Aufnahme von Darlehen, zur Übernahme von Bürgschaften und Verpflichtungen aus Gewährverträgen und zur Bestellung anderer Sicherheiten der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde, die sie aus dem Gesichtspunkt einer geordneten Wirtschaftsführung erteilen oder versagen kann. - Es findet seitens der Aufsichtsbehörde also eine Prüfung der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit statt. - Eine Genehmigung ist lediglich dann nicht erforderlich, wenn die Darlehen bestimmte Beträge nicht überschreiten oder von öffentlich-rechtlichen Körperschaften oder Anstalten gewährt werden. Schließlich dürfen gemäß §95 GO die Gemeinden für gewährte Darlehen keine Sicherheit stellen. Die Rechtsaufsichtsbehörde kann lediglich Ausnahmen zulassen.⁴⁴⁾

Demgegenüber sind die privatrechtlich gestalteten gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen in ihrem Finanzgebahren nur den allgemeinen privatrechtlichen vor-

44) Ähnliche Bestimmungen gibt es in allen deutschen Gemeindeordnungen und auch in der alten DGO, §§76 ff.

schriften unterworfen. Sie sind also vor allem in der Aufnahme von Krediten, Ausgabe von Schuldverschreibungen und Gestellung von Sicherheiten völlig frei. Die oben genannten Vorschriften des Gemeinderechts finden auf sie keine Anwendung, weil sie ja völlig unabhängige eigene private Rechtssubjekte sind und als solche dem Gemeinderecht nicht unterstehen. Aber nicht nur in der Kreditaufnahme sind die privatrechtlich organisierten gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen von den einschränkenden Bestimmungen des Gemeinderechts frei und der Privatwirtschaft gleichgestellt, sondern in ihrem gesamten Finanzgebahren. So können sie im Gegensatz zum Eigenbetrieb stille Rücklagen bilden.⁴⁵⁾ Der Jahresabschluß einer AG z.B. wird gemäß § 125 Aktien-Gesetz auf Vorschlag des Vorstandes vom Aufsichtsrat festgestellt. Dagegen bestimmt § 15 Abs.2 EBG, daß der Gemeinderat selbst den Jahresabschluß des Eigenbetriebes feststellt. Der Gemeinderat kann auf diese Weise entscheidenden Einfluß auf den nach § 13 Abs.2 EBG an den Gemeindehaushalt abzuführenden Jahresgewinn bzw. den vom Gemeindehaushalt zu tragenden Jahresverlust nehmen und diesen zu ungunsten des Unternehmens festsetzen. Diese Möglichkeit besteht für das privatrechtlich organisierte Unternehmen nicht in dem Maße, weil der Aufsichtsrat, auch wenn er nur aus Vertretern der Gemeinde besteht, nach § 101 Aktien-Gesetz

45) § 12 Abs.1 der Durchführungsverordnung zum Eigenbetriebsgesetz für Ba.-Wi. vom 29.10.1962 (Ges.Bl.S.213)

auch dem Unternehmen verpflichtet ist⁴⁶⁾ und außerdem auch eine größere Sachkunde besitzt als die politische Vertretungskörperschaft einer Gemeinde. So wird die öffentliche Aufgabe - z.B. die Energieversorgung -, der das Unternehmen zu dienen hat, auf lange Sicht besser gewährleistet und vor einer Gefährdung durch kurzfristige Augenblicksentschlüsse des Gemeinderates geschützt. Weiterhin bietet die privatrechtliche Unternehmensform, besonders die AG, einen absoluten Schutz gegen die nach §4 Abs. 2 Satz 2 der DVO zum EBG mögliche Entnahme von Eigenkapital des Eigenbetriebes durch die Gemeinde und gegen die Bewirtschaftung der Kassenmittel des Eigenbetriebes durch die Gemeindekasse, die der Bürgermeister gemäß §6 Abs.2 derselben VO anordnen kann. Und schließlich bleibt der Gemeinde bei dem in Privatrechtsform organisierten Unternehmen immer die Möglichkeit der Heranziehung fremden Kapitals im Wege der Kapitalerhöhung in den verschiedenen Formen.⁴⁷⁾

c) Von mehreren Gemeinden gemeinsam betriebene Unternehmen.

Neben den beiden bisher behandelten Formen privatrechtlich gestalteter gemeindlicher Wirtschaftsunternehmen, gemischtwirtschaftlicher Unternehmen und Eigengesell-

46) über das Verhältnis der öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Gemeinde- und Haushaltsrechts zum Aktienrecht vgl. A p s e n: Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften d. Haushalts- und Aktienrechts. JZ 55/593 f.

47) vgl. dazu oben S.78 f.; Aktiengesetz: §149 (einfache -), §159 (bedingte Kapitalerhöhung), §169 (genehmigtes Kapital) und §174 (Wandelschuldverschreibungen).

schaften, stehen als dritte immer mehr an Bedeutung gewinnende Gruppe die zahlreichen Unternehmen, die von mehreren Gemeinden gemeinsam betrieben werden.⁴⁸⁾

Es handelt sich dabei meistens um Versorgungs- und Verkehrsunternehmen, Oft betreiben mehrere Gemeinden ein gemeinsames Wasserwerk, daß die Bevölkerung und die Gewerbebetriebe versorgt, ein Gaserzeugungs- oder Verteilungsunternehmen oder ein Elektrizitätswerk, deren Anteilseigner und Abnehmer zugleich die Gemeinden sind.⁴⁹⁾

Als Beispiele seien genannt:

Gasversorgung Süd G.m.b.H. Stuttgart

Gasfernversorgung Mittelbaden G.m.b.H. Offenburg

Gasfernversorgung Oberbaden G.m.b.H. Freiburg

Elektrizitätswerk Mittelbaden AG Lahr

Oberrheinische Eisenbahngesellschaft Mannheim AG

Die Gründe für die gemeinsame Errichtung und den Betrieb solcher Unternehmen waren, wie sich gezeigt hat, fast immer sachliche. Sie ergaben sich aus natürlichen und technischen Notwendigkeiten, wie etwa reichen Wasservorkommen an bestimmten Stellen gegenüber Wassermangel an anderen Orten, Verbindung kleinerer Orte durch Verkehrslinien oder die Notwendigkeit bestimmter Mindestgrößen bei technischen Einrichtungen.

48) Es sei nur darauf hingewiesen, daß in den Ballungsräumen die Städte und Gemeinden immer mehr zusammenwachsen und dadurch zum gemeinsamen Handeln zur Lösung ihrer öffentlichen Aufgaben gezwungen werden, zumal sie gemeinderechtlich gehalten sind, die öffentl. Zwecke mit dem geringsten Aufwand bestmöglich zu erfüllen.

49) vgl. Br ü g e l m a n n - L u d w i g: Kommunale Versorgungswirtschaft. P e t e r s: Hdb., Bd. III S.655, bes. S.670 f.: Die Bedeutung der interkommunalen Zusammenarbeit liegt darin, daß dem Bürger die Vorteile

Der Gesetzgeber hat diesen Gründen Rechnung getragen und eine öffentlich-rechtliche Unternehmensform mit eigener Rechtspersönlichkeit geschaffen, den Zweckverband.⁵⁰⁾ Die Beteiligung an solchen Zweckverbänden unterliegt nicht den strengen Voraussetzungen, die §87 GO für die Beteiligung der Gemeinden an wirtschaftlichen Unternehmen aufstellt, sondern sie ist ausdrücklich davon ausgenommen (§87 Abs.3 GO). Dennoch findet man als Zweckverband organisierte wirtschaftliche Unternehmen selten. Für die von mehreren Gemeinden gemeinsam betriebenen wirtschaftlichen Unternehmen wird meist die Privatrechtsform gewählt, während der Zweckverband mehr für öffentlich-rechtlich zu lösende gemeinsame Verwaltungsaufgaben mehrerer Gemeinden - z.B. die Abwässerbeseitigung - errichtet wird.

Die Gründe für die Meidung des Zweckverbandes als Unternehmensform für gemeinschaftliche Wirtschaftsunternehmen sind im Zweckverbandsgesetz selbst zu suchen.

Gemäß §4 des Zweckverbandsgesetzes bleiben Beteiligungen der Gemeinden des Zweckverbandes an Unternehmen, die den gleichen oder ähnlichen Aufgaben wie der Zweckverband dienen, durch den Zweckverband unberührt. Der Zweckverband kann also seine privatrechtlich organisierten

des größeren, leistungsfähigeren Betriebes gegeben werden, ohne daß die Rechte und Pflichten kommunaler Selbstverwaltung in dem Umfange preisgegeben werden, wie es etwa bei der Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen unvermeidlich ist.

50) Zweckverbandsgesetz vom 24.7.1963 (Ges.bl. Ba.-Wi. S.114), §3. Das erste Zweckverbandsgesetz war ein Reichsgesetz aus dem Jahre 1938 (RGBl. I S.1650).

Rivalen nicht verdrängen, ersetzen oder aufsaugen. Neben ihm bestehen die privatrechtlichen Unternehmen unbehelligt weiter, ja sie können ihn sogar sachlich überflüssig machen. Nach §15 Zweckverbandsgesetz ist die Wirtschaftsführung des Zweckverbandes nach den sinngemäß anzuwendenden Vorschriften des Gemeindewirtschaftsrechts zu gestalten. Schließlich erstreckt §24 des Gesetzes die Anwendung der §§ 118 bis 127 der Gemeindeordnung für Baden - Württemberg über die Staatsaufsicht in entsprechender Form auch auf die Zweckverbände.

Für die Zweckverbände gelten also dieselben Wirtschafts- und Kreditgrundsätze wie für die gemeindlichen Eigenbetriebe, soweit sie mit der eigenen Rechtspersönlichkeit der Zweckverbände vereinbar sind.⁵¹⁾ Es kann also angenommen werden, daß die Gründe, die die Gemeinden veranlassen, ihre gemeinsamen wirtschaftlichen Unternehmen in Privatrechtsform zu betreiben und so gleichsam Zweckverbände in Privatrechtsform zu bilden, dieselben sind, die sie dazu bewegen, ihre wirtschaftlichen Unternehmen als privatrechtliche Ligengesellschaften statt als Eigenbetriebe zu führen. Die AG und die G.m.b.H. bieten sich als Unternehmensform für gemeinschaftliche Unternehmen mehrerer Gemeinden noch eher an als für Eigengesellschaften, da von vornherein mehrere Gesellschafter sich zur Erfüllung gemeinsamer Aufgaben zusammenschließen, wie es ja dem Sinn der Handelsgesellschaften entspricht.

51) Also keine gemeinsame Kassenbewirtschaftung, s.o. S.90

3. Grundsätzliche Beurteilung.

Die Untersuchung der aufgenommenen Beispiele zeigt also, daß sich das privatrechtlich organisierte gemeindliche Wirtschaftsunternehmen gleichberechtigt neben den öffentlich-rechtlichen Unternehmensformen des Regiebetriebes, des Eigenbetriebes und des Zweckverbandes durchgesetzt hat. Die gesetzliche Erschwerung der privatrechtlichen Unternehmensformen in §87 GO hat sich gegenüber den vielen Gründen, die zur Wahl dieser Unternehmensform führten, nicht nachteilig ausgewirkt. Vielmehr hat diese Erschwerung das Gewicht dieser Gründe, die den Ausschlag zugunsten der Handelsgesellschaften geben, nur um so mehr offenbar werden lassen. Die Handelsgesellschaften erfüllen vielfach wirtschaftliche Zwecke sachgemäßer und besser, ohne die gleichzeitig verfolgten öffentlichen Zwecke zu gefährden. Die mit der Ausgliederung und Verselbständigung der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen aus dem Gemeindeverband und damit aus dem strengen öffentlichen Recht verbundenen Gefahren für die Gemeindeverwaltung und die Erfüllung gemeindlicher Aufgaben⁵²⁾ haben sich als weniger dringend erwiesen als es zunächst schien. Denn diese Gefahren können durch die freie Vertragsgestaltung des Privatrechts aus dem Wege geräumt werden. Das Ausweichen vor den haushaltsrechtlichen Vorschriften des Gemeinderechts brachte keine nachteiligen Folgen für die Gemein-

⁵²⁾ siehe oben S. 58 und 67

den mit sich. Die eigene Rechtspersönlichkeit und die eigene Haftung der Unternehmen schaltet ein finanzielles Risiko für die Gemeinden aus. Dazu kam, daß den Gemeinden die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben wirtschaftlicher Art, besonders wenn dazu große Investitionen erforderlich waren, auf dem Wege über ein privatrechtlich gestaltetes Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit möglich wurde.

Verschiedentlich ist die Forderung gestellt worden, eine besondere Unternehmensform für Unternehmen der öffentlichen Hand zu schaffen.⁵³⁾ Man nimmt an, daß auf solche Art Probleme, die sich im Hinblick auf die Betätigung der öffentlichen Hand in privatrechtlich gestalteten Unternehmen ergeben, gelöst werden können. Die Ausgestaltung einer solchen Unternehmensform und die Art und Weise, wie sie allgemein verbindlich eingeführt werden könnte, soll hier nicht erörtert werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß es eine solche Unternehmensform im gemeindlichen Bereich schon gibt, den Zweckverband als juristische Person des öffentlichen Rechts. Dieser hat aber, wie an Beispielen gezeigt wurde, verhältnismäßig wenig Verwendung gefunden und es nicht vermocht, die privatrechtliche Unternehmensform zu ersetzen. Diese Erfahrung läßt es fraglich erscheinen, ob eine spezielle Form für Unternehmen der öffentlichen Hand überhaupt erforderlich ist und entsprechend genutzt

⁵³⁾ vgl. K ö t t g e n: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung und das öffentliche Recht. Tübingen 1928, S.27 f.

werden würde.

Die der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden aus ihrer verfassungsmäßigen Aufgabe und Stellung gesetzten Grenzen⁵⁴⁾ werden, wie die Beispiele zeigen,⁵⁵⁾ beachtet. Die hierfür maßgebenden Vorschriften sind dadurch, daß sie elastische Grundsätze aufstellen, den Anforderungen der Versorgungswirtschaft gewachsen. Sie erlauben es, die Frage nach der Zulässigkeit privatrechtlicher gemeindlicher Wirtschaftstätigkeit je nach Lage des Einzelfalles zu entscheiden. Da jeder Fall anders liegt, wird diese Regelung des Gemeinderechts den Anforderungen der kommunalen Verwaltungspraxis am besten gerecht. Wenn sich dabei das privatrechtlich gestaltete Unternehmen stärker durchgesetzt hat als es der Gesetzgeber gewünscht hat, so ist das darauf zurückzuführen, daß das Privatrecht zur rechtlichen Ordnung wirtschaftlicher Sachverhalte wegen seiner Vertragsfreiheit und Anpassungsfähigkeit besser geeignet ist als das öffentliche Recht und weil das Recht der öffentlichen Haushalte mit dem in jeder produktiven wirtschaftlichen Betätigung wesentlich steckende Risiko nicht fertig werden kann. Es ist bei der "Daseinsvorsorge", wie die gemeindliche Wirtschaftstätigkeit hier mit F o r s t h o f f einmal genannt werden soll, die strenge Trennung von öffentlichem und privatem Recht nur noch für die Frage nach dem Rechtsweg von Interesse.⁵⁶⁾ Im übrigen sind die Rechts-

54) siehe oben S.36 ff.

55) siehe oben S.62 ff.

56) vgl.: Fritz B a u r: Neue Verbindungslinien zwischen

formen im Rahmen des im Gemeinderecht Zulässigen⁵⁷⁾ vertauschbar, Im Hinblick auf das Verfassungsrecht ist nicht mehr die formale Frage nach der Rechtsform staatlichen oder gemeindlichen Tätigwerdens entscheidend, sondern die Tatsache, daß ein öffentlicher Verwaltungsträger, der Staat oder eine öffentliche Körperschaft oder Anstalt, tätig wird.⁵⁸⁾ Die verfassungsrechtliche Bindung wird immer da wirksam, wo bei der Betätigung der öffentlichen Hand unmittelbar öffentliche Verwaltungsaufgaben erfüllt werden. Nicht die Rechtsform, nicht immanente sachliche Bedeutungen der einzelnen Unternehmen der öffentlichen Hand bestimmen letzthin, ob und inwieweit privates oder öffentliches Recht angewandt werden kann, bzw. angewendet werden muß, sondern die Grenzen privatrechtlicher Ordnung werden dadurch gezogen, daß die öffentliche Hand sich von ihren verfassungsmäßig auferlegten Pflichten und zugeteilten Rechten nicht durch freien Entschluß lösen kann. Eine Gestaltung der Mittel zur Erfüllung auch und vor allem der Wirtschaftsaufgaben der Gemeinden muß daher die vom Gemeindeverfassungsrecht aufgestellten obersten Verwaltungsgrundsätze unberührt lassen. Im übrigen kann sie nach den Grundsätzen sachlicher Zweckmäßigkeit verfahren und dabei auch im Rahmen der öffentlichen Verwaltung sich des Privatrechts bedienen.

Privatrecht und öffentlichem Recht. JZ 63/41 ff. Die Frage nach dem Rechtsweg ist dabei für den Bürger, der Recht sucht, von alles überragender Bedeutung.

57) siehe oben S. 53 ff.

58) siehe oben S. 14 f. und 24

V. Zur Frage der All gemeing ü l - t i g k e i t d e r W i r t s c h a f t s - g r u n d s ä t z e d e s G e m e i n d e - r e c h t s .

Die privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, wie gezeigt, bisher lediglich im Gemeinderecht eine erschöpfende gesetzliche Regelung erfahren. Charakteristisch für diese Regelung sind die Schranken, die den Gemeinden auferlegt wurden und die ihnen vor allem jede erwerbswirtschaftliche Betätigung verbieten.¹⁾ Wenn G ö n n e n w e i n sagt²⁾, daß es im Staatsrecht dazu keine Entsprechung gebe, so stimmt das insoweit, als es dort keine ähnlich umfassende und all gemeing ü l t i g e Kodifikation gibt. Das schließt jedoch nicht aus, daß die im Gemeinderecht positiv niedergelegten Grundsätze für die Grenzen privatrechtlicher wirtschaftlicher Betätigung für alle Bereiche der öffentlichen Hand, also auch für Bund, Länder, Gemeinden und Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts von Bedeutung sind und auf diese entsprechend übertragen werden können. Soweit ersichtlich, gibt es nur wenige Autoren³⁾, welche die entsprechende Geltung der im Gemeinde-

1) siehe oben S.47 f.

2) G ö n n e n w e i n : Gemeinderecht. S.55

3) M a u n z : Die Gesetzmäßigkeit des Fernsehwerbens. in Bayer.Verw.Bl. 57/4, bes. 8: Ein angeblich in §67 DGO enthaltener Rechtsgedanke kann nicht für Einrichtungen ganz anderen als kommunalen Charakters Anwendung finden. Die Auffassung, §67 DGO oder die Nachfolgevorschriften enthielten Funktionsbeschränkungen für alle Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, wird von keiner Seite ernsthaft vertreten.

wirtschaftsrecht zum Ausdruck kommenden Gedanken der Beschränkung öffentlicher Wirtschaftstätigkeit über den Gemeindebereich hinaus rundweg ablehnen. Dagegen wird von der überwiegenden Mehrheit in der Literatur die Meinung vertreten, daß §67 DGO⁴⁾ die gesetzliche Ausformung eines für die gesamte öffentliche Wirtschaftstätigkeit geltenden allgemeinen Rechtsgrundsatzes sei.⁵⁾ Zur Begründung dieser Auffassung heben die genannten Autoren vor allem hervor, daß der Staat und die öffentlichen Körperschaften und Anstalten sich ihrerseits

F o r s t h o f f: Rechtsfragen der Werbesendungen im Fernsehen. DÖV 57/97 f.

Hans S c h n e i d e r: Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Werbesendungen im Rundfunk- und Fernsehprogramm (insbesondere des Südwestfunks), gedrucktes Rechtsgutachten (1957) S.10

R e u s s: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 265 f. Dieser schließt sogar daraus, daß die Gemeinde-, Kreis- und Haushaltsordnungen die Wirtschaftstätigkeit erlauben, auf die generelle Zulässigkeit öffentlicher Wirtschaftsbeschäftigung.

4) Die Autoren nennen statt der vielen Bestimmungen der verschiedenen Gemeindeordnungen meistens nur §67 DGO.

5) D ü r i g: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. JZ 53/193 ff. Aus §67 DGO läßt sich der Grundsatz entwickeln, daß auch andere Selbstverwaltungsträger nicht auf Gebiete übergreifen dürfen, die bisher privater Wirtschaftsbeschäftigung vorbehalten waren, und daß der gesamte Wohlfahrtsstaat nur unter den obigen Ausnahmen in Konkurrenz zur Privatwirtschaft treten darf.

K ö t t g e n: Die wirtschaftliche Beschäftigung der Gemeinden. Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Bd. I S.577 ff., 11. Aufl. 587. Das gemeinderechtl. Verbot erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit ist auch für die öffentl. Wirtschaft von Bund und Ländern konsequenzenreich.

I p s e n: Rechtsfragen zur Ausgliederung des Werbefernsehens. NJW 63/2102 ff.

M e r k: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I S.786 ff. (nur sinngemäß).

M a u n z - D ü r i g: Das Grundgesetz. 1. bis 5. Lieferung 1961; Art.19 Abs.3 Anm. 48

H a m a n n: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S.68 ff.

nicht auf die Grundrechte berufen könnten.⁶⁾ Artikel 19 Abs.3 GG beziehe sich nur auf juristische Personen des Privatrechts, soweit sie Zusammenschlüsse von Bürgern seien oder Privatvermögen repräsentierten, und auf juristische Personen des öffentlichen Rechts, deren Aufgabe es sei, privates Vermögen zu verwalten.⁷⁾ Dagegen beziehe diese Bestimmung juristische Personen privaten Rechts, die in öffentlicher Hand seien, sowie Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts nicht ein.⁸⁾ Deshalb könne die öffentliche Hand keine Gewerbebefreiheit für sich beanspruchen. Ganz im Gegenteil sei die Annahme einer Grundrechtsgeltung und damit das Zugeständnis der Gewerbebefreiheit an die öffentliche Hand geeignet, die Grundrechte des einzelnen Bürgers einzuschränken, indem diese ausgehöhlt würden. Jede wirtschaftliche Eigenbetätigung der öffentlichen Hand sei ein fragwürdiger Angriff auf das Grundrecht der freien wirtschaftlichen Entfaltung⁹⁾ und als staatliche Inter-

6) N i p p e r d e y: Gewerbebefreiheit der öffentlichen Hand. Betriebs-Berater, 1951/593 f.

B a c h o f: Die Freiheit des Berufes. Die Grundrechte, Bd. III/1 S.155 ff., bes. 180. Die Freiheitsrechte sind Rechte des Individuums. Sie sind nicht für die öffentliche Hand bestimmt.

Ludwig F r ö h l e r: Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Bayer.Verw.Bl. 56/135 f.

M a u n z - D ü r i g: a.a.O. Artikel 2 Abs.1 Anm. 67 a.A.: Werner J a c o b i: Keine Gewerbebefreiheit der öffentlichen Hand? Betriebs-Berater 51/764 ff.

7) M a u n z - D ü r i g: a.a.O. Artikel 19 Abs.3 Anm. 45 Hiervon werden besonders Sparkassen betroffen.

8) d e r s l b e: ebenda, Artikel 19 Abs.3 Anm. 36: Das Kriterium sei dabei, ob die Organisation, die Grundrechte beansprucht, aus eigenem Recht oder nur aus vom Staat abgeleitetem Recht existiert.

9) d e r s e l b e: ebenda, Artikel 2 Abs.1 Anm. 52

vention in die Wirtschaft zu werten, die immer einer besonderen gesetzlichen Legitimation bedürfe.¹⁰⁾

Will man die Frage nach der Allgemeingültigkeit der gemeinderechtlichen Wirtschaftsprinzipien positiv beantworten, so sind Anhaltspunkte dafür zunächst und vor allem im Grundgesetz zu suchen, weil dieses die Rechtsgrundlage für die gesamte Staatstätigkeit ist.¹¹⁾

Wie oben nachgewiesen wurde, bedarf die Staatstätigkeit, auch die privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung der unmittel- oder mittelbaren Legitimation durch das Grundgesetz selbst.¹²⁾ Das Grundgesetz gibt keine allgemeine Ermächtigung zum wirtschaftlichen Tätigwerden der öffentlichen Hand sondern nur Spezialermächtigungen. Die Väter des Grundgesetzes haben den damals vorhandenen Bestand wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand übernommen. Nach Artikel 134 Abs.1 GG übernimmt der Bund das Reichsvermögen, zu dem auch die umfangreichen wirtschaftlichen Beteiligungen des Reiches gehören; Die Beteiligungen des ehemaligen Landes Preußen an Unternehmen des privaten Rechts gehen ebenfalls auf den Bund über (Artikel 135 Abs.6 GG). Weiterhin hat der Bund die ausschließliche Gesetzgebung und Verwaltung der Finanzmonopole, deren Erträge dem Bund zufließen (Artikel 105 Abs.1, 106 Abs.1 und 108 Abs.1).

Selbstverständlich werden die Deutsche Bundesbahn und

10) statt vieler: N i p p e r d e y: Die Soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, S.21

11) siehe oben S.8 ff.

12) siehe oben S.14 ff.

die Deutsche Bundespost übernommen und der ausschließlichen Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes unterstellt (Artikel 73 Abs. 6 und 7 und Artikel 87 Abs.1). In diesen Bestimmungen ist eine Ermächtigung für den Bund zu sehen, die vorhandenen Monopole beizubehalten und die übernommenen Beteiligungen und die betreffenden Wirtschaftsunternehmen als Inhaber weiterzuführen. Darüber hinaus finden sich im Grundgesetz keine direkten Ermächtigungen zu wirtschaftlicher, besonders privatrechtlicher wirtschaftlicher Betätigung des Bundes und der Länder. Keineswegs darf die Sozialisierungskompetenz in Artikel 15 des Grundgesetzes als eine solche Ermächtigung angesehen werden. Eine Sozialisierung ist nur unter den Voraussetzungen und Einhaltung der Formen des Artikels 15 zulässig. Man kann aus Artikel 15 nicht durch einen Schluß "a maiore ad minus" auf die generelle Zulässigkeit staatlicher Eigenwirtschaft schließen. Eine solche "kalte Sozialisierung" im Wege staatlicher Beteiligung an Wirtschaftsunternehmen würde unter Umgehung der Voraussetzungen des Artikels 15 geschehen und deshalb unzulässig sein. Außerdem ist für eine Eigentumsumschichtung nur Artikel 15 maßgebend; eine außerhalb dieser Vorschrift staatlicherseits vorgenommene Eigentumsumschichtung wäre verfassungswidrig.¹³⁾ Jede weitere Betätigung wirtschaftlicher Art kann des-

13) N i p p e r d e y: Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz. 2.Auflage 1961, S.25 ff.
H a m a n n: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht. Berlin-Neuwied-Darmstadt 1958, S.67

halb nur indirekt aus der Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes¹⁴⁾, aus der Aufgabe des Staates, eine gerechte Sozialordnung und Vorsorge für die Erfüllung lebenswichtiger Bedürfnisse¹⁵⁾ zu treffen und nach außen den Frieden zu sichern, legitimiert werden. Dabei hat der Staat bzw. die öffentliche Hand die Grundrechte zu beachten, vor allem die Grundrechte der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit (Artikel 2 Abs.1) und der Berufsfreiheit (Artikel 12). Sie dürfen durch ihre wirtschaftliche Betätigung nicht ausgehöhlt und gegenstandslos gemacht werden. Schließlich darf die staatliche wirtschaftliche Eigenbetätigung entsprechend dem für sie ganz besonders geltenden Subsidiaritätsgrundsatz¹⁶⁾ immer erst dann erfolgen, wenn die freien gesellschaftlichen Kräfte und die kleineren Einheiten, zu denen die Gemeinden gehören, entweder die Aufgaben überhaupt nicht lösen wollen, können oder bereits dabei versagt haben. Dann hat allerdings der Staat die Pflicht selbst einzugreifen, weil die öffentlichen Aufgaben nicht unerfüllt bleiben dürfen. Diese Intervention muß nach dem Subsidiaritätsgrundsatz als Planung und Lenkung gestaltet werden und erst in letzter Linie und wenn keine andere Möglichkeit mehr besteht, darf sie durch das stärkste Mittel staatlicher

14) siehe dazu oben S.32 f.

15) vgl. H a m a n n: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht. S.68; des weiteren siehe zu Staatsaufgaben oben S.32 unten und S.33

16) vgl. zum Subsidiaritätsgrundsatz oben S.34 und die dort angegebenen Autoren.

Interventionen, der Eigenbetätigung, erfolgen.¹⁷⁾

Dieser Grundsatz der hilfswisen Staatsintervention mit den jeweils leichtesten Eingriff in die Wirtschaftsabläufe ist im Energiewirtschaftsgesetz¹⁸⁾ (§§ 8,9), im Gesetz über die Sicherstellung von Leistungen auf dem Gebiet der gewerblichen Wirtschaft¹⁹⁾ (§ 1 Abs.2), und im Bundessozialhilfegesetz²⁰⁾ (§ 16) verwirklicht worden.

Diese grundgesetzliche Beschränkung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand entspricht auch dem Wesen des modernen Wohlfahrtsstaates.²¹⁾ Denn der Staat ist nicht Unternehmer, der Erwerbsinteressen hat. Vielmehr ist er die das Ganze überwölbende Macht, deren Aufgabe es ist, zu ordnen, vorausszuschauen, zu lenken, die Wirtschaft zu fördern oder zu bremsen wie es das gemeine Beste verlangt. Er soll durch hoheitlichen Eingriff seine Zwecke erreichen. Einer solchen Staatstätigkeit entspricht auch das geltende bis in die jüngste Zeit vervollkommnete Rechtsschutzsystem.²²⁾

-
- 17) M a u n z - D ü r i g: a.a.O. Art. 2 Abs.1 Anm.52:
Die staatliche Eigenbetätigung muß "ultima ratio" bleiben.
- 18) Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft (Energie-wirtschaftsgesetz) vom 13.12. 1935 RGBl. I S. 1451
- 19) Gesetz zur Sicherstellung von Leistungen auf dem Ge-biet der gewerblichen Wirtschaft. vom 22.12.1959 BGBl.I S.785; 2. Verlängerungsgesetz v.26.3.1963 BGBl. I S.165
- 20) Bundessozialhilfegesetz vom 30.6.1961 BGBl. I. S.815 ber. S.1875
- 21) K ö t t g e n: Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben.Bd.I Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. S. 602
H a m a n n: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht S.74 BVerfGE 12/354 (Urteil zur Privatisierung des VW-Werks)
- 22) vgl.: Bundesverfassungsgerichtsgesetz §§ 90 ff. und die neue Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) §§ 40 ff.
So könnte gegen den Erlaß von Preisstoppbestimmungen

Ein Ausschnitt der Hoheitsgewalt ist die Steuerhoheit. Der moderne Staat ist Steuerstaat, der die für die Bewältigung seiner Aufgaben notwendigen Geldmittel durch eine gerechte Besteuerung aller seiner Bürger und nicht durch eigene erwerbswirtschaftliche Betätigung erlangen soll. Eine eigene Wirtschaftsbetätigung des Staates in Konkurrenz mit der Privatwirtschaft ist mit einer gerechten Lastenverteilung unter den Bürgern aber unvereinbar. Sie würde die Bürger, die im selben Wirtschaftszweig selbständig tätig sind wie der Staat, doppelt belasten. Neben der Steuer hätten diese auch noch die staatliche Konkurrenz zu erdulden. Darüber hinaus besteht zwischen der wirtschaftenden öffentlichen Hand und dem privaten Unternehmer eine sehr ungleiche Wettbewerbs- und Risikosituation. Der wirtschaftende Unternehmer kann nur sein Vermögen einsetzen und es eventuell verlieren, während hinter der wirtschaftenden öffentlichen Hand die fast nie versiegenden Steuerquellen stehen.²³⁾ Ein Konkurs eines öffentlichen Unternehmens, sei es öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisiert, stehe es im Dienste der Daseinsvorsorge oder sei es erwerbswirtschaftlich, ist in neuerer Zeit

und deren Anwendung das Verwaltungsgericht und letztlich sogar das Bundesverfassungsgericht angerufen werden. Würde der Staat aber mit Hilfe seines einen großen Marktanteil innehabenden Werkes den Preis eines Produktes unter die Selbstkosten senken und den Verlust mit Steuermitteln ausgleichen, so würden die konkurrierenden Privatunternehmer ebenfalls zu Preissenkungen gezwungen. Ob sie gegen eine solche Maßnahme des Staates allerdings ein Rechtsmittel hätten, bleibt problematisch.

23) vgl. dazu OLG München: in NJW 58/1298

nicht bekannt geworden. Eine Finanzierung der Staatsaufgaben durch erwerbswirtschaftliche Tätigkeit würde im übrigen den Staat zu sehr von einer gut gehenden Wirtschaft abhängig machen und ihn dazu veranlassen die Wirtschaft immer mehr zu lenken und zu intervenieren und schließlich ganz selbst in die Hand zu nehmen.

Eine der wichtigsten Aufgaben des modernen Staates ist es geworden, die auseinanderstrebenden gegensätzlichen Interessen der verschiedenen wirtschaftlichen Kräftegruppen gegeneinander und gegenüber dem öffentlichen Wohl auszugleichen, zwischen ihnen zu vermitteln und, falls erforderlich, zwischen den widerstreitenden Interessen eine Entscheidung zu treffen, die dem öffentlichen Interesse und Gemeinwohl Rechnung trägt. Diese Aufgabe kann der Staat nur dann erfüllen, wenn er selbst keine Sonderinteressen wahrzunehmen hat und selbst nur dem Gemeinwohl verpflichtet ist.²⁴⁾ Der Staat als Unternehmer ist immer in Gefahr, die gewiß begründeten Interessen seiner Unternehmen eventuell höher zu werten als die privater Unternehmen, zumindest wird man ihm das unterstellen können, besonders da es sich bei diesen Unternehmen auch oft um Unternehmen handelt, die auch im Interesse des Gemeinwohls betrieben werden. Er ist dann aber nicht mehr der über den privaten In-

24.) vgl.: Werner F u B: Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger. DVBl. 58/739 ff. sagt, daß der Staat nur immer im öffentlichen Interesse tätig werden darf und daß deshalb eine wirtschaftliche Betätigung mit Erwerbsinteresse mit der Natur des Staates unvereinbar sei.

teressen stehende unparteiische Schiedsrichter und wird selbst nicht mehr die Anerkennung finden, die zur Lösung seiner Aufgaben erforderlich ist.

Diese aus der Verfassung und dem Wesen des modernen Staates geborenen Grundsätze der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der gesamten öffentlichen Hand sind bisher noch nicht in ein allgemeines Gesetz ähnlich dem Gemeinderecht zusammengefaßt worden. An Versuchen dazu hat es jedoch nicht gefehlt. Dem Deutschen Bundestag hat bereits 1956 ein von der FDP-Fraktion eingebrachter Entwurf eines allgemeinen Gesetzes über die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand vorgelegen.²⁵⁾ Dieser Entwurf stellt in §1 Abs.1 die gleichen Voraussetzungen für eine Wirtschaftsbetätigung der öffentlichen Hand auf, wie sie in Artikel 75 der bayrischen Gemeindeordnung²⁶⁾ verlangt werden. Eine wirtschaftliche Betätigung sollte nur zulässig sein, wenn die Erfüllung öffentlicher Zwecke sie erfordert. Sie sollte nicht zulässig sein, wenn die öffentlichen Zwecke ebenso gut von Privaten erfüllt werden können, Öffentliche Betriebe durften nach dem Entwurf nicht zu einer Schädigung oder Aufsaugung privater Unternehmen oder freier Berufe führen. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen sollten nach §1 Abs.2 des Entwurfes der Bundestag und bei landeseigenen Unternehmen das jeweilige Landesparlament feststellen. Ein Überprüfungsausschuß

25) Deutscher Bundestag, 2. Wahlperiode, Drucksache 2712

26) siehe oben S.39 unten und 40 oben

des Parlamentes sollte die Durchführung des Gesetzes überwachen (§12 des Entwurfes). Die verbleibenden Unternehmen der öffentlichen Hand sollten in Privatrechtsform geführt werden. Das Gesetz sollte auf die Bundesbahn, die Bundespost, öffentlich-rechtliche Kreditanstalten und Land- und Forstwirtschaft keine Anwendung finden.

Einen ähnlichen Entwurf hat, ebenfalls im Jahre 1956, der Deutsche Industrie- und Handelstag (DIHT) vorgelegt. Er unterschied sich lediglich dadurch von dem FDP - Entwurf, daß er zur Entscheidung von Zweifelsfällen eine Schiedsstelle schaffen wollte, deren Entscheidungen durch die Oberlandesgerichte und in letzter Instanz durch den Bundesgerichtshof sollten überprüft werden können. Beide Entwürfe sind nie Gesetz geworden, ja nicht einmal eingehend erörtert worden.

Die in den genannten Entwürfen vorgesehenen Grundsätze sind in Spezialgesetzen, Verordnungen und Verwaltungsvorschriften als verbindlich anerkannt. So lautet §48 Abs. 1 und 2 der Reichshaushaltsordnung: ²⁷⁾

An der Gründung eines Unternehmens, das einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb von erheblichem Umfang zum Gegenstand hat, soll sich das Reich außer in den Fällen des Absatz 5 nur beteiligen, wenn für das Unternehmen die Form einer AG, einer KG auf Aktien oder einer G.m.b.H., deren Satzung einen Aufsichtsrat vorsieht, gewählt wird. Die Beteiligung bedarf der Zustimmung

²⁷⁾ Reichshaushaltsordnung (RHO) vom 31.12.1922 (RGBl. 1923 II S.17) in der Fassung vom 14.4.1930 (RGBl. II S.693).

des Reichsministers der Finanzen.

Bei der Gründung soll sich das Reich durch geeignete Abmachungen den nötigen Einfluß auf die Geschäftsführung der Gesellschaft, insbesondere eine angemessene Vertretung im Aufsichtsrate, sichern. Soweit es der vom Reich verfolgte Zweck erfordert, soll ferner die Beteiligung des Reiches davon abhängig gemacht werden, daß ihm in der Satzung folgende Rechte eingeräumt werden:

Bei den hier genannten Rechten handelt es sich um solche der Bilanzprüfung und der Ernennung des Prüfers.

Die gleichen Vorbehaltsrechte, wie sie in Abs. 1 und 2 zum Ausdruck kommen, werden auch dann gefordert, wenn das Reich Anteile bestehender Gesellschaften erwirbt oder nur mittelbar beteiligt ist (Abs. 3 und 4).

§ 48 RHO gleicht demnach § 87 der Gemeindeordnung von Baden - Württemberg²⁸⁾.

Die gleichen Voraussetzungen, wie sie § 85 GO und die übrigen deutschen Gemeindeordnungen für die wirtschaftliche Betätigung aufstellen, nennt auch § 60 der Wirtschaftsbestimmungen für die Reichsbehörden.²⁹⁾ Diese und alle anderen für die wirtschaftliche Betätigung des Bundes wichtigen Bestimmungen hat der Bundesfinanzminister in einem Rundschreiben vom 5. Juli 1963³⁰⁾ zusammengefaßt ("Hinweise auf wichtige Bestimmungen und Grundsätze sowie Erläuterungen betreffend Unternehmen des Privatrechts, an deren Kapital der Bund unmittelbar

28) siehe oben S.58 f.

29) RWB vom 11.2.1929 (RMBl. S.49)

30) Ministerialblatt des Bundesministers der Finanzen vom 25.7.1963, S.329 ff.

oder mittelbar beteiligt ist, und Unternehmen in der Form von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.").
Dort heißt es unter B. Unternehmen des Privatrechts

I. Voraussetzungen für die Beteiligung des Bundes

1. Interesse des Bundes an der Beteiligung

3. Die Beteiligung des Bundes an Unternehmen, die einen gewerblichen oder sonstigen wirtschaftlichen Betrieb zum Gegenstand haben, ist nach § 60 Abs.2 RWB nur zulässig, wenn ein wichtiges Interesse des Bundes vorliegt, die Inanspruchnahme der Bundesmittel nicht zu einem Nachteil für den Bund führt und das vom Bund angestrebte Ziel sich nur durch eine solche Beteiligung erreichen läßt.

Diese Bestimmung gilt sinngemäß auch ^{für} mittelbare Beteiligungen.

Die Grundsätze des § 60 Abs.2 RWB haben ferner Bedeutung bei der Prüfung der Frage, ob eine unmittelbare oder mittelbare Beteiligung des Bundes weiterhin geboten ist. Auf die Veräußerung von Beteiligungen oder die Auflösung oder Verschmelzung von Unternehmen ist gegebenenfalls hinzuwirken.

II. Die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften und des Bundesministers der Finanzen

2. Änderung des Zwecks eines Unternehmens, des Stammanteils des Bundes oder seines Einflusses

6. Nach § 60 Abs.4 RWB hat der zuständige Bundesminister den Bundesminister der Finanzen (BMF) vor der Änderung des Zwecks eines Unternehmens zu beteiligen.

Die Satzungen der Unternehmen, an denen der Bund schon beteiligt ist, sind z.T. so gefaßt, daß sie auch Geschäfte zulassen, die über den mit § 60

Abs.2 RWB verfolgten Zweck hinausgehen; in solchen Fällen ist grundsätzlich anzustreben, daß der Gegenstand des Unternehmens eingeengt wird.

8. Nach § 60 Abs.4 RWB hat der zuständige Bundesminister die Zustimmung des BMF außerdem vor einer Änderung des Einflusses des Bundes auf ein Unternehmen einzuholen. Eine derartige Änderung ergibt sich z.B. bei der Erhöhung des Kapitals...

3. Sonstige Bestimmungen und Grundsätze

10. § 60 RWB bezieht sich auf unmittelbare Beteiligungen des Bundes sowie auf mittelbare jeder Stufe (Tochtergesellschaften, Enkelgesellschaften usw.). Er ist auch auf treuhänderische Beteiligungen anzuwenden.

Des weiteren finden sich ähnliche Beschränkungen, die auch die privatrechtliche Tätigkeit betreffen, für die aus der allgemeinen Verwaltung als juristische Personen des öffentlichen Rechts ausgegliederten Verwaltungsträger. Diese dürfen außerhalb ihres in den Errichtungsgesetzen fest umrissenen Wirkungskreises nicht tätig werden. Das ist unbestrittener Grundsatz des deutschen Verwaltungsrechts.³¹⁾ Jede Überschreitung dieser Beschränkung macht ihre Handlungen, auch wenn es sich um Privatrechtsgeschäfte handelt, nichtig.³²⁾

Aus den Wirtschaftsgrundsätzen des Grundgesetzes und den angeführten verwaltungsrechtlichen Grundsätzen folgt also, daß die Grenzen der privatrechtlichen wirt-

31) vgl. Erhard Klotz: Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentl. Rechts. DÖV 64/181
Forsthoff: Verwaltungsrecht I, S.423

32) BGHZ 20/119 ff.

schaftlichen Betätigung, die auf gemeindlicher Ebene durch die Gemeindeordnungen, insbesondere §67 DGO³³⁾, in so vorbildlicher Weise festgelegt sind, über den gemeindlichen Bereich hinaus für die gesamte öffentliche Hand gelten.

³³⁾ vgl. oben S.36 f.

§67 der alten DGO wurde hier stellvertretend für die vielen Vorschriften der verschiedenen Gemeindeordnungen gewählt, weil sein Inhalt letztlich dem der vielen neuen Bestimmungen im wesentlichen gleich ist.

VI. S c h l u ß b e m e r k u n g .

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Grenze der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand ist in erster Linie die Verfassung, indem sie Ziel und Zweck des Staates und seiner organ-schaftlichen Einrichtungen sowie die rechtlichen Mittel, sie zu erreichen, bestimmt. Auch für die privatrechtliche wirtschaftliche Betätigung des Staates und seiner organschaftlichen Einrichtungen gilt das Erfordernis der verfassungsrechtlichen Legitimation und gesetzlichen Ermächtigung.

Dabei sichern die Grundrechte die freie Entfaltung und eigenverantwortliche Tätigkeit des Bürgers auch im wirtschaftlichen Bereich. Im Rahmen ihres Schutzzweckes sind sie Schranken auch der privatrechtlichen wirtschaftlichen Betätigung des Staates in seinen Gliederungen,

Die grundrechtliche Grundentscheidung über die Wirtschaftsverfassung im Sinne einer am Gemeinwohl orientierten Wirtschaftsfreiheit des Bürgers mit der Subsidiarität jeglicher wirtschaftlicher Betätigung durch öffentliche Organinstitutionen jedoch verbunden mit der Verantwortung des Staates für die Wirtschaft als Faktor des Gemeinwohls zeigen negativ und positiv die gefundenen Grenzen auf.

Konkretisiert werden diese Grenzen durch die gefundenen Vorschriften der Gemeindeordnungen im Sinne einer der öffentlichen Tätigkeit wesenhaften Erfüllung öffentlicher

Zwecke, die durch Private weder gesichert noch verantwortet werden kann.

Der optimalen Erfüllung öffentlicher Zwecke ist die rechtliche Form der wirtschaftlichen Tätigkeit der Gemeinden untergeordnet, um die sachgerechtesten Lösungen zu erreichen.

Diese im Gemeinderecht vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen privatrechtlicher wirtschaftlicher Betätigung öffentlicher Institutionen haben im Verwaltungsrecht in den verschiedensten Bestimmungen Entsprechungen gefunden. Hieraus und aus den gefundenen verfassungsrechtlichen Grenzen läßt sich die Allgemeingültigkeit der gemeinderechtlichen Regelung für die gesamte öffentliche Hand herleiten.

Eine allgemeine gesetzliche Regelung dieses Problemkreises in der Art der oben¹⁾ genannten Entwürfe wäre im Interesse der Rechtssicherheit, der Gleichbehandlung aller Verwaltungsbereiche und der Klarheit, die damit für die Privatwirtschaft geschaffen würde, wünschenswert, zumal es nicht zu erwarten ist, daß das Bundesverfassungsgericht diese Grenzen einmal in einem Urteil allgemeinverbindlich herausarbeiten wird.

1) siehe oben S. 107 f.

VII. L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s .

- A d a m, Klaus: Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden und Privatwirtschaft. Bayr. Verw. Bl. 1962/140
- B a c h o f, Otto: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats (Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht.). Veröffentlichung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, Heft 12 S.37
- d e r s e l b e: Freiheit des Berufs. Die Grundrechte, Bd. III/1 S.155
- d e r s e l b e: Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme. DÖV 1953/417
- B a l l e r s t e d t, Kurt: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Archiv für öffentliches Recht (AöR) 74 (48) S. 129
- d e r s e l b e: Staatsverfassung und Wirtschaftsfreiheit. DÖV 1951/159
- d e r s e l b e: Zur Frage der Rechtsform der gemeindlichen Wirtschaftsunternehmen. DÖV 1951/449
- d e r s e l b e: Wirtschaftsverfassungsrecht. Die Grundrechte, Bd. III/1 S.1
- B a u r, Fritz: Neue Verbindungslinien zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. JZ 1963/41
- B e c k e r, Erich: Kommunalverfassung und Kommunalverwaltung. Die Verwaltung, Heft 8
- d e r s e l b e: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. Veröffentlichungen der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Heft 14 S.96
- d e r s e l b e: Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung. 1956
- B e c k e r, Hans-Joachim: Zulassungsbeschränkungen im Kreditgewerbe. DÖV 1956/422
- B l a u m, Kurt: Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen. DVBl. 1958/666

- B o g s, Walter: Der soziale Rechtsstaat im deutschen Verfassungsrecht, Schriftenreihe des Deutschen Beamtenbundes, Heft 31, Godesberg 1963
- B ö c k e n f ö r d e, Werner: Der allgemeine Gleichheitssatz und die Aufgabe des Richters. Münsterische Beiträge zur Rechts- und Staatswissenschaft, Heft 5, Berlin 1957
- B ö h m, Franz: Wirtschaftsordnung und Staatsverfassung. Recht und Staat, Heft 153/4, Tübingen 1950
- d e r s e l b e: Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat. Reden und Schriften.¹⁾ S. 82
- v. Brauchitsch, Manfred: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder. Bd. VIII 1. Hlbd., Köln 1963
- B u l l i n g e r: Vertrag und Verwaltungsakt. res publica, Heft 9, Stuttgart 1962
- d e r s e l b e: Zu den Handlungsformen und Handlungsprinzipien hoheitlicher und nichthoheitlicher Verwaltung.
- D e p p e n b r o c k, Johannes: Die Stellung der Kommunen in der Versorgungswirtschaft. München-Berlin 1961
- D o r n, Horst: Schadensersatzansprüche des Privatunternehmers wegen schädigenden Wettbewerbs durch Gemeindebetriebe. NJW 1964/217
- D ü r i g, Günter: Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat. JZ 1953/193
- d e r s e l b e: Grundrechte und Zivilrechtsprechung. Festschrift für Nawlasky, München, 1956 S. 157
- d e r s e l b e: Der Staat und die vermögenswerten Rechte seiner Bürger. Festschrift für Willibald Apelt, München-Berlin 1958 S. 13
- d e r s e l b e: Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate. Bayr. Verw. Bl. 1959/201
- d e r s e l b e: Anmerkung zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts JZ 1957/167 (Elfesurteil)

- E h l e r m a n n, Claus Dieter: Wirtschaftslenkung und Entschädigung. Diss. Heidelberg 1957
- E h r e n s b e r g e r, Otto: Verfassungsrechtliche Fragen zwischen kommunaler Selbstverwaltung und freier Wirtschaft. DÖV 1956/129
- E i s e r, Ernst zusammen mit Riederer und Sieder: Energiewirtschaftsrecht. Kommentar, Stand: 1. 12. 1961, München- Berlin
- E v e r s, Hans Ulrich: Verfassungsrechtliche Bindungen fiskalischer Regierungs- und Verwaltungstätigkeit. NJW 1960/2073
- F e c h n e r, Erich: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. Recht und Staat, Heft 174, Tübingen 1953
- d e r s e l b e: Soziologische Grenze der Grundrechte. Rechtsund Staat, Heft 177, Tüb. 1954
- F i s c h e r, Curt Eduard: Bundeseigene Erwerbsunternehmen als Haushalts- und Rechtsproblem. Finanzarchiv Bd. 15 (1954/55) S. 419
- F i s c h e r h o f, Hans: Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität und öffentliche Verwaltung. DÖV 1957/305
- F i s c h e r h o f, Hans: "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. DÖV 1960/41
- F l e i n e r, Fritz: Umbildung zivilrechtlicher Institute durch das öffentliche Recht. Tüb. 1906
- d e r s e l b e: Einzelrecht und öffentliches Interesse. Festgabe für Paul Laband, Bd. II, Tüb. 1925
- d e r s e l b e: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 8. Aufl., Tüb. 1928
- F o r s t h o f f, Ernst: Die Verwaltung als Leistungsträger. 1938
- d e r s e l b e: Rechtsfragen der leistenden Verwaltung. 1959
- d e r s e l b e: Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Köln, 1958

- F o r s t h o f f, Ernst: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats. VVDStRL Heft 12, S. 8
- d e r s e l b e: Die Bedrohung der Freiheit durch die Macht der Beamten. "Freiheit und Persönlichkeit" S. 99, Stuttgart 1958
- d e r s e l b e: Verfassungsprobleme des Sozialstaats. 2. Aufl., Münster 1961
- d e r s e l b e: Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Bd. I Allg. Teil, 8. Aufl., München-Berlin 1961
- d e r s e l b e: Der Staat als Auftraggeber! res publica, Heft 12, Stuttgart 1963
- F r e n t z e l, Gerhard: Wirtschaftsverfassungsrechtliche Betrachtungen zur wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Recht und Staat, Heft 235, Tüb. 1961
- d e r s e l b e: Die gewerbliche Betätigung der öffentlichen Hand. Ein Problem des Wirtschaftsverfassungsrechts. Bonn 1958
- F r ö h l e r, Ludwig: Landesgesetzliche Beschränkungen der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Bayr. Verw. Bl. 1956/135
- F u ß, Werner: Grundrechtsgeltung für Hoheitsträger? DVBl. 1958/739
- v. G a m m, Otto Friedrich: Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg. NJW 1957/1055
- G a r b e n, Manfred: Umfang und Grenzen privatwirtschaftlicher Betätigung der Gemeinden. Diss. Berlin 1937
- G e i g e r, Willi: Was heißt sozialer Rechtsstaat nach dem Grundgesetz? Schriftenreihe kath. soz. Bildungswerke. Paderborn 1961
- G e r b e r, Hans: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes. AöR Bd. 81 (1956) S. 1

- d e r s e l b e: Über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer landesgesetzlich begründeten Versorgungsanstalt für Ärzte aller Art und Apotheker zur Sicherung ihres öffentlich gebundenen Berufes. Gutachten, Tüb. 1954
- G e r b e r, Walter: Die öffentliche Unternehmung in privatrechtlicher Form. Zürcher Volkswirtschaftliche Forschungen, Bd. 13 Zürich 1928
- G i a c o m e t t i, Zacharias: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts. Bd. I, Zürich 1960
- G o e r d e l e r, Karl: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Zeitschr. der Akademie für Deutsches Recht 1937/133
- G ö n n e n w e i n, Otto: Gemeinderecht. Tüb. 1963
- d e r s e l b e: Anmerkung zum Urteil des BGHZ JZ 1962/217/219
- G r o ß, Walter: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung im sozialen Rechtsstaat. Schriftenreihe des Deutschen Beamtenbundes, Heft 31, Godesberg 1963
- H a a s, Diether: Das Verwaltungsprivatrecht im System der Verwaltungshandlungen und der fiskalische Bereich. DVBl. 1960/303
- H a m a n n, Andreas: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Heidelberg 1953
- d e r s e l b e: Öffentliche Kredite und Bürgschaften. Betriebs-Berater (BB) 1953/865
- d e r s e l b e: Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen (zugleich ein Beitrag zur Problematik wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand). NJW 1957/1422
- d e r s e l b e: Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht. Berlin-Neuwied-Darmstadt 1958
- d e r s e l b e: Das Grundgesetz. 2. Aufl., Berlin 1960

- H a m e l, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat. Berlin 1957
- H a u s m a n n, Frederik: Die öffentliche Hand in der Wirtschaft. München 1954
- H a u s s m a n n, Fritz: Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung. Basel 1938
- H e n s e l, Paul: Grundgesetz - Wirtschaftsordnungen. Ordo, Bd. 14, S. 43, 1963
- H e n z e, Karl-Otto: Verwaltungsrechtliche Probleme der staatlichen Finanzhilfe zugunsten Privater. Diss. Heidelberg
- d e r s e l b e: Der Staat als Gestalter sozialer Ordnung.
- H e s s e, Konrad: Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht. AöR 77 (1951/52) S. 167
- H e t t l a g e, Karl Maria: Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen. Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, S. 279, Karlsruhe 1957
- H e u s e r, Walter: Die Flucht des Gemeinwesens in die privatrechtliche Unternehmung als Rechtsproblem. Diss. Zürich 1949
- H i r s c h e, Kurt: Die Kommödie der Privatisierung. 2. Aufl., Köln 1959
- H u b e r, Ernst-Rudolf: Das Deutsche Reich als Wirtschaftsstaat. Recht und Staat, Heft 85, Tüb. 1931
- d e r s e l b e: Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. I und II, 2. Aufl. Tüb. 1954
- d e r s e l b e: Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht. DÖV 1956/97/135/172/200
- d e r s e l b e: Selbstverwaltung in der Wirtschaft. Stuttgart 1958
- d e r s e l b e: Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft. Schriftenreihe der Verwaltungs- u. Wirtschaftsakademie Oldbg.

- H u b e r, Hans: Niedergang des Rechts, Krise des Rechtsstaats. Festschr. für Giacometti, Zürich 1953
- d e r s e l b e: Staat und Verbände. Recht und Staat, Heft 218, Tüb. 1958
- H u e c k, Götz: Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht. München Berlin 1958
- H ü t t l, Adolf: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. DÖV 1956/483
- I p s e n, Hans Peter: Enteignung und Sozialisierung. VVDStRL, Heft 10, S. 74
- d e r s e l b e: Kollision und Kombination von Prüfungsvorschriften des Haushalts- und des Aktienrechts. JZ 1955/593
- d e r s e l b e: Öffentliche Subventionierung Privater. DVBl. 1956/461/498/602
- d e r s e l b e: Rechtsfragen berufsständischer Zwangsversorgung. Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft.
- d e r s e l b e: Zur Legalität des Werbefernsehens. und: Rechtsfragen zur "Ausgliederung" des Werbefernsehens. NJW 1963/2049/2102
- J a c o b i, Werner: Keine Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand? BB 1951/593
- d e r s e l b e: Die Verantwortung der Selbstverwaltung für ihre Wirtschaftsbetriebe. Beitr. zur komm. Versorgungswirtschaft, Heft 29
- J a c o b s, Alexander: Der öffentlich-rechtliche Benutzungszwang in der Verwaltungsordnung. Aschen-dorff's jur. Hd.bücherei Bd. 70, Münster 1963
- J e l l i n e k, Georg: System der subjektiven öffentlichen Rechte. 2. Aufl., Tüb. 1905
- J e l l i n e k, Walter: Verwaltungsrecht. 3. Aufl. 1948
- J e s c h, Dietrich: Gesetz und Verwaltung. Tüb. 1961

- K a i s e r, Joseph H.: Die Stellung des Berufsbeamtentums und seiner Vertretung im sozialen Rechtsstaat. Schriftenreihe des Deutschen Beamtenbundes, Heft 31, Godesberg 1963
- K a u s m a n n, Ernst: Die kommunale Versorgungswirtschaft. DÖV 1959/418
- K l e b e, Walter: Möglichkeiten und Folgen der Wahl eines Trägers öffentlicher Verwaltung zwischen den Gestaltungsformen des öffentlichen und privaten Rechts. Diss. Marburg 1960
- K l o t z, Erhard: Beschränkter Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts. DÖV 1964/181
- K ö t t g e n, Arnold: Die erwerbswirtschaftliche Betätigung und das öffentliche Recht. Recht und Staat, Heft 59, Tüb. 1928
- d e r s e l b e: Subventionen als Mittel der Verwaltung. DVBl. 1953/485
- d e r s e l b e: Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. Festschr. zum 100. Deutschen Juristentag Bd. I S.577, Karlsruhe 1960
- d e r s e l b e: Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative - im Bereich der Wasserversorgung und Abwasserbeseitigung -. Göttingen 1961
- d e r s e l b e: Der heutige Spielraum kommunaler Wirtschaftsförderung. Gött. 1963
- K r a t z e r, Jacob: Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung. Bayr. Verw. Bl. 1962/133
- K r ü g e r, Herbert: Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung. DVBl. 1951/361
- d e r s e l b e: Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsverwaltung, Rechtsstaat. BB 1953/565
- d e r s e l b e: Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung. DVBl. 1955/380/450/518

- L e i s n e r, Walter: Grundrechte und Privatrecht.
München 1960
- L ö w, Konrad: Fiskalgeltung der Grundrechte. DÖV
1957/879
- M a l m a n n, Walter: Schranken nichthoheitlicher
Verwaltung. VVDStRL, Heft 19
- v. M a n g o l d - K l e i n: Das Bonner Grundgesetz
2. Aufl. Bd. I, Berlin 1957
- M a s s o n, Christoph: Gemeinde im Schutz der Ver-
fassung. Bayr. Verw. Bl. 1958/161
- d e r s e l b e: Anmerkung zum Urteil des Bayr. VGH
v. 16. 1. 1959, Bayr. Verw. Bl. 1959/90
- d e r s e l b e: Kommunale Versorgungsbetriebe und
Gemeindeordnung. Bayr. Verw. Bl. 1958/143
- d e r s e l b e: Kommunale Beteiligung an privat-
wirtschaftlichen Unternehmen. Bayr. Verw. Bl.
1960/309
- M a u n z, Theodor: Finanzverfassung im Rahmen der
Staatsverfassung. VVDStRL, Heft 14
- d e r s e l b e: Die Gesetzmäßigkeit des Fernseh-
werbens in Bayern. Bayr. Verw. Bl. 1957/4
- d e r s e l b e: Grundfragen des Energiewirtschafts-
rechts. Verwaltungsarchiv (Verw.Arch.) 50 (1959)
S. 315
- d e r s e l b e: Deutsches Staatsrecht. 6. und 12.
Aufl., München-Berlin 1957 und 1963
- M a y e r, Günter: Die wirtschaftliche Betätigung der
Gemeinden. Diss. Würzburg 1936
- M a y e r, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I
und II, 3. Aufl. München-Leipzig 1924
- M e n g e r, Christian-Friedrich: Der Begriff des so-
zialen Rechtsstaates im Bonner Grundgesetz. Recht
und Staat, Heft 173, Tüb. 1953
- d e r s e l b e: Die Bestimmung der öffentlichen Ver-
waltung nach den Mitteln und Formen des Verwaltungs-
handelns. DVBl. 1960/297

- d e r s e l b e: Höchststrichterliche Rechtsprechung
zum Verwaltungsrecht. Verw. Arch. 52 (1961) S.196
- M e r k, Wilhelm: Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. I
Berlin 1962
- M e r t e n s, Hans-Joachim: Das Recht auf Gleichbehand-
lung im Verwaltungsprivatrecht. JuS 1963/391
- v. M ü n c h, Ingo: Staatliche Wirtschaftshilfe und
Subsidiaritätsprinzip. JZ 1960/303
- N e u m a n n, Peter: Wirtschaftslenkende Verwaltung.
Rechtsformen - Bindung - Rechtskontrolle. res
publica Bd. 2, Stuttgart 1959
- N i p p e r d e y, Hans Carl: Gewerbefreiheit der
öffentlichen Hand? BB 1951/593
- d e r s e l b e: Die soziale Marktwirtschaft in der
Verfassung der Bundesrepublik. Karlsruhe 1954
- d e r s e l b e: Soziale Marktwirtschaft und Grund-
gesetz. Karteelrundschaue, Heft 2, 1961
- P a g e n k o p f, Hans: Einführung in die Kommunal-
wissenschaft. Münster 1960
- P a r t s c h, Karl-Josef: Die verfassungsmäßige Si-
cherung von Wirtschaftsprinzipien. Ordo Bd. 6
1954
- P e t e r s, Hans: Lehrbuch der Verwaltung. Berlin-
Gött.-Heidelberg 1949
- d e r s e l b e: Der Kampf um den Verwaltungsstaat.
Festschr. für Laforet, S. 19., München 1952
- d e r s e l b e: Entwicklungstendenzen der Demokratie
in Deutschland seit 1949. Festschr. für Giacometti,
S. 229, Zürich 1953
- d e r s e l b e: Die Wandlungen in der öffentlichen Ver-
waltung in der neuesten Zeit. Krefeld 1954
- d e r s e l b e: Handbuch der kommunalen Wissenschaft
und Praxis. Berlin-Gött.-Heidelberg 1956-1959
- d e r s e l b e: Rechtsgrundlage von Rundfunk und Fern-
sehen nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts
v. 28. Februar 1960. Gütersloh 1961

- P e t e r s, Hans: Die Gemeinde in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- und des Bundesverwaltungsgerichts. Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe, 1963, S. 203
- R a i s e r, Ludwig: Anmerkung zum Urteil BGHZ 29/76. JZ 1959/407
- R a s c h, Harold: Grundfragen der Wirtschaftsverfassung. Godesberg 1948
- R e u s s, Wilhelm: Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln. Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 255, Karlsruhe 1963
- d e r s e l b e: Wirtschaftsverwaltungsrecht. Bd. I Hersg. v. Brauchitsch, Köln 1963
- R i e m e r s c h m i d, Anton: Einheit der Verwaltung und Eigenbetrieb. Der Städtetag 1958/502
- R i n c k, Gerd: Wirtschaftsrecht. Köln 1963
- R u m p f, Helmut: Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung. VVDStRL, Heft 14,
- S c h a u m a n n, Wilfried: Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht. JuS 1961/110
- S c h e u n e r, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. VVDStRL, Heft 11
- d e r s e l b e: Grundrechtsinterpretation und Wirtschaftsordnung. DÖV 1956/65
- d e r s e l b e: Berufsständische Versorgungseinrichtungen und Grundgesetz. Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft.
- S c h m i d, Carl: Gemeindewirtschaftsrecht. Stuttgart 1963
- d e r s e l b e zusammen mit Richard Kunze: Gemeindeordnung für Baden-Württemberg. Kommentar, Stuttgart 1956
- S c h m i d t - T o p h o f f, Alfons: Bundesbahnbusse im Reklamegewande. DVBl. ;964/99

- S c h m i t t, Carl: Verfassungslehre. 3. Aufl., Berlin 1957
- S c h n e i d e r, Hans: Anmerkung zum Urteil des KG in NJW 1957/1076
- d e r s e l b e: Zur Frage der rechtlichen Zulässigkeit von Werbesendungen im Rundfunk- und Fernsehprogramm. gedr. Rechtsgutachten 1957
- S c h n e t t l e r, Albert: Öffentliche Betriebe. Essen 1956
- S c h ü l e, Adolf: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft. VVDStRL, Heft 11
- S c h u r k e m e y e r, Hans-Joachim: Rechtsformen kommunalwirtschaftlicher Eigenunternehmen. Diss. Freiburg Brg. 1956
- S c h w e r i n g, Ernst: Dürfen Gemeinden wirtschaften? Gemeinden sollen wirtschaften! Städtetag 1957 S.141
- S i e b e r t, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Festschr. für Niedermeyer S. 215 Göttingen 1953
- d e r s e l b e: Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg. DÖV 1959/733
- S i e d e n t o p f, Heinrich: Grenzen und Bindungen der Kommunalwirtschaft. Verwaltung und Wirtschaft, Heft 30, Stuttgart 1963
- S m e n d, Rudolf: Verfassung und Verfassungsrecht. München-Leipzig 1928
- S p r e n g, Rudolf zusammen mit Willi Birn und Paul Feuchte: Die Verfassung des Landes Baden-Württemberg. Kommentar, Stuttgart 1954
- S t e r n, Klaus: Rechtsfragen der öffentlichen Subventionierung Privater. JZ 1960/518/557
- d e r s e l b e: Gemeindeordnung und kommunale Wirtschaftsbetätigung. Bayr. Verw. Bl. 1962/129
- d e r s e l b e: Anmerkung zum Urteil des BGH in JZ 1962/176. JZ 1962 181

- S t r a u ß, Walter: Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung. Recht und Staat, Heft 165, Tüb. 1952
- d e r s e l b e: Entwicklung und Probleme des heutigen Wirtschaftsrechts. Karlsruhe 1957
- S t r i c k r o d t, Georg: Die gewerbliche Staatsunternehmen in ihrer verfassungsrechtlichen und unternehmenswirtschaftlichen Bedeutung. Recht und Staat, Heft 175/6, Tüb. 1954
- d e r s e l b e: Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip. JZ 1957/361
- S ü s t e r h e n n, Adolf: Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage vertikaler Gewaltenteilung. Festschr. für Nawiasky, München 1956, S. 144 1)
- T a u t s c h e r, Anton: Die öffentliche Wirtschaft. Berlin 1953
- d e r s e l b e: Die öffentlichen Unternehmen und ihre wirtschaftspolitischen Aufgaben. Zeitschr. für die gesamte Staatswissenschaft 109 (1953) S. 398
- T o r z, Robert: Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz. DÖV 1958/205
- V i a l o n, Friedrich Karl: Haushaltsrecht. 2. Aufl. Berlin-Frankfurt 1959
- V o g e l, Klaus: Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand. Hamburg 1959
- W e b e r, Werner: Die verfassungsrechtliche Problematik der Zwangsversorgungseinrichtungen der freien Berufe. Aktuelle Probleme der Versicherungswirtschaft. Berlin 1954
- W e r t e n b r u c h, Wilhelm: Der Grundrechtsbegriff und Artikel 2 Abs.1 GG. DVBl. 1958/481
- d e r s e l b e: Grundrechtsanwendung im Verwaltungsprivatrecht. JuS 1961/105
- W i l h e l m, Bernhard: Die Bindung des Fiskus an die Grundrechte. Bayr. Verw. Bl. 1963/78

1) Hier einzufügen: S u r é n, Friedrich-Karl: Die Gemeindeordnungen in der Bundesrepublik. Bd.II, Köln 1960

- W i d t m a n n zusammen mit Mang: Fiskalische Gemein-
deverwaltung und Rechtsaufsicht. Bayr. Verw. Bl.
1960/109
- W i n t r i c h, Josef Marquard: Zur Auslegung und An-
wendung des Artikel 2 Abs.1 GG. Festschr. für Wil-
libald Apelt, München-Berlin 1958
- W o l f f, Hans Julius: Verwaltungsrecht I. 4. Aufl.
München- Berlin 1961
- Z e i d l e r, Karl: Schranken nichthoheitlicher Ver-
waltung. VVDStRL, Heft 19
- d e r s e l b e: Gedanken zum Fernsehurteil des Bun-
desverfassungsgerichts. AöR 86 (1961) S. 361
- d e r s e l b e: Anmerkung zum Urteil BGHZ DVBl. 1961
S. 298. DVBl. 1961/301
- f e r n e r: die amtlichen Entscheidungssammlungen des
Bundesverfassungsgerichts, des Bundesverwaltungs-
gerichts und des Bundesgerichtshofes;
das Bundesgesetzblatt, das Reichsgesetzblatt und
das Gesetzblatt für das Land Baden-Württemberg;
die Gesetzessammlungen von S a r t o r i u s,
D ü r i g und S c h ö n f e l d e r und die
bei den einzelnen Autoren genannten Zeitschrif-
ten und Reihen.

L e b e n s l a u f.

Am 11. Februar 1936 wurde ich in Mönchengladbach als Sohn des Technikers Fritz Holtschmidt und seiner Gattin Elisabeth geb. Jacobs geboren. Von 1942 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in Rheydt. Dann wurde ich in die Sexta des städtischen neu-sprachlichen Gymnasiums Rheydt aufgenommen. Dort legte ich im Frühjahr 1956 die Reifeprüfung ab. Nach kurzer Tätigkeit als Werkstudent begann ich im Wintersemester 1956/57 an der Universität Freiburg im Breisgau das Studium der Rechts- und Staatswissenschaften. Dabei legte ich das Hauptgewicht auf die Rechtswissenschaft, ohne jedoch die wirtschaftlichen Staatswissenschaften völlig zu vernachlässigen. Am 16. Dezember 1960 bestand ich vor dem Landesjustizprüfungsamt in Freiburg die erste juristische Staatsprüfung mit der Note "befriedigend". Seit dem 1. März 1961 war ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen. Ein Stipendium der "Stiftung Volkswagenwerk" ermöglichte mir im Jahre 1963/64 ein weiteres achtmonatiges Studium an der Universität Freiburg und die Anfertigung dieser Dissertation. Am 24. März 1966 legte ich vor dem Landesjustizprüfungsamt von Nordrhein-Westfalen in Düsseldorf die zweite juristische Staatsprüfung ab.

